Nicht f. d. Austausch

TÄUSCHUNG UND RECHTSWIDRIGKEIT BEIM KREDITBETRUG

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

von

PAUL BURCHARDT
aus Göhlsdorf

Tag der Promotion: 8. Februar 1935

1937
DRUCK VON WALTER DE GRUYTER & CO.
BERLIN W 35

J 33

Dekan: Prof. Dr. E. Heymann

Referent: Prof. Dr. E. Kohlrausch

Korreferent: Prof. Dr. W. Graf Gleispach

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erster Abschnitt.

Der durch positives Tun begangene Kreditbetrug.

§ 2. Unmittelbare Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen beim Kreditbetrug 3
I. Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit 3
II. Vorspiegelung innerer Tatsachen 7

§ 3. Vorspiegelung und Unterdrückung von Tatsachen durch schlüssiges Verhalten 8
I. Schlüssiges Verhalten beim Betrug überhaupt 8
II. Schlüssiges Verhalten und Vertragsantrag 11
III. Besonderheiten beim Kreditgeschäft 15

Zweiter Abschnitt.

Der durch Unterlassung begangene Kreditbetrug.

§ 4. Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung in Rechtsprechung und Wissenschaft insbesondere beim Verstoß gegen den Treu- und Glaubensgrundsatz 18

§ 5. Der Wandel der Rechtsprechung, seine Rechtfertigung und Kritik 25
I. Grenzen und Umfang der die Rechtswidrigkeit begründenden Rechtspflichten 25
II. Zur Anerkennung einer Rechtspflicht aus Treu und Glauben im Besonderen 31
III. Rechtspflicht, sittliche Pflicht und Rechtswidrigkeit der Unterlassung 34

§ 6. Die Aufklärungspflicht beim Vertragsschluß im allgemeinen 37
I. Übersicht über die Rechtsprechung 37
II. Bestimmung des Umfangs der Aufklärungspflicht 42

§ 7. Treu und Glauben beim Kreditgeschäft 46
I. Die Rechtsprechung zum BGB. 46
II. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen 48
III. Bestimmung des Umfangs der durch Treu und Glauben beim Kreditgeschäft gebotenen Aufklärung 52

Literaturverzeichnis.

v. Alberti, Rechtswidrige Unterlassungen. 1908.

—, Verbotsverletzende Unterlassungen. 1917.

Bauer, Lehrbuch des Strafrechts. 1833.

Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. 1890ff.

—, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Bes. Teil. Leipzig 1902.

von Buri, Über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung. Ger. Saal 21, 189ff.

v. Cleric, Betrug verübt durch Schweigen. 1918.

Culemann, Schutz gegen Kreditbetrug. 1934.

Denkschrift des Preußischen Justizministers: Nationalsozialistisches Strafrecht. 1933.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch. 4. Aufl. 1929.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 11. Aufl. 1930.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts. 1847.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931.

Goldschmidt, Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrug. ZStw. Bd. 48, S. 149ff.

Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. 1851.

Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht.

Hälschner, System des Preußischen Strafrechts. 1858.

Hartung, Betrug durch Schweigen nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Deutsche Justiz 1936, 330.

Hegler, Betrug i. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil, Bd. 7, 1907.

Heilbronner, Der Begriff »Unterdrückung wahrer Tatsachen« beim Betruge. 1898.

Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. 1830.

Henle, Treu und Glauben im Rechtsverkehr. 1912.

v. Hippel, Unterlassungsdelikt und Strafrechtskommission in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 36, 501ff.

Höpfner, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt. ZStw. Bd. 36, 103ff.

Hoffmann, Schweigen als Betrug. 1927.

Kleinrath, Kreditbetrug in Monatsschr. für Kriminalpsychol. und Strafrechtsreform. Jahrg. 1911, 12 S. 510ff.

—, Kreditbetrug. 1910.

Klien, Beiträge zur richtigern Bestimmung und naturgemäßern Entwicklung der Theorie über das Verbrechen des Betruges und der Fälschung in seinen verschiedenen Arten. Neues Archiv des Criminalrechts. Bd. 1, 124ff., 218ff.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht. 1890.

—, Treue und Glauben im Verkehr. 1893.

Kohlrausch, Vermögensverbrechen in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. 8, 739ff.

Kuessner, Das Unterdrücken wahrer Tatsachen als Mittel der Verübung eines Betruges. 1909.
Kugelmann, Der strafbare Betrug durch Unterlassung. 1925.
Landsberg, Die sogenannten Commissiv-Delikte durch Unterlassung. 1890.
v. Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. 1889.
—, Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927, Bes. Teil; 26. Aufl. 1932, Allgem. Teil.
Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen Deutschen Strafrechte. 1840.
Maurach, Volksethik und Strafrecht. 1934.
May, Schweigen als strafbarer Betrug. 1923.
Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. 1915.
Merkel, Betrug und Untreue i. v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts. 1874, 750ff.
—, Criminalistische Abhandlung II. Die Lehre vom strafbaren Betruge. 1867.
—, Die Vermögensbeschädigung beim Betrug. 1900.
Nolting, Ist der Betrug (§ 263 StrGB.) als Kommissiv-Delikt durch Unterlassung denkbar? 1920.
Oertmann, a) Allgem. Teil (3. Aufl.), b) Recht der Schuldverhältnisse (5. Aufl.) des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1929ff.
—, Rechtsordnung und Verkehrssitte. 1914.
v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. 1927.
Oppenhoff-Delius, Strafgesetzbuch, Kommentar. 1901.
Ortloff, Lüge, Fälschung, Betrug. 1862.
Oser, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Obligationsrecht. 1915.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. 1913ff.
Redslob, Die kriminelle Unterlassung. Strafrechtl. Abhandlungen Heft 70, 1906.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben v. Reichsgerichtsräten. 7. Aufl. 1935.
Rommel, Der Betrug. 1894.
Rotering, Betrug, Willenserschleichung, Willensumgehung. GerS. Bd. 60, 241ff.
Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht. 1900.
Sauer, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, Festgabe für Frank, Bd. 1, 223ff.
Schaffstein, Strafrechtsreform und Unterlassungsdelikte, Deutsche Justiz 1936, 767.
Schmid, Der Betrug nach geltendem deutschen Strafrecht und nach den Entwürfen zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch. 1933.
Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1902.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs. 1874.
Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar. 1914.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1884.
Seifried, Vorsatz und Handlung des Betrügers. 1906.
Staudinger, Commentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 9. Aufl. 1926.
Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation. 1897.
—, Treu und Glauben im Verkehr. 1900.
Sturm, Die strafbare Unterlassung. 1905.
Traeger, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht. 1913.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts in: Binding, Handbuch der Rechtswissenschaft, Abt. X.
Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.
Wachinger, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Kreditbetrug GerS. 102, S. 376ff.
v. Wächter, Deutsches Strafrecht. 1881.
Zeller, Das Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich. 1912.
Zimmermann, Beitrag zur Lehre vom Betruge. GerS. 29, 120ff. Entscheidungssammlungen des Reichsgerichts in Zivil- und Strafsachen sowie des Preußischen Obertribunals.

§ 1. Einleitung.

I. Der Kreditbetrug ist, wie sein Name besagt, ein Sonderfall des Betruges, der begangen ist im Zusammenhang mit einem bestimmten wirtschaftlichen Geschäft. Der Begriff ist also ein gemischt wirtschaftlich-juristischer.

Wirtschaftlich gesehen setzt der Kreditbetrug eine Kreditgewährung voraus. Sie kann auf verschiedene Art erfolgen.

Kredit kann einmal als Sachkredit gegeben werden, d. h. durch Hingabe von Gütern mit der Verpflichtung, Güter gleicher Art zurückzuerstatten. Er spielt heute praktisch im Wirtschaftsleben kaum eine Rolle, kann daher auch für die vorliegende Untersuchung außer Betracht bleiben [1]). Grundlage des heutigen Wirtschaftslebens ist vielmehr der sog. Geldkredit [2]).

Im gewöhnlichen Sprachgebrauch wird bei dem Worte Geldkredit zunächst nur an die Kreditgewährung im eigentlichen Sinne, d. h. an den Fall der Darlehenshingabe gedacht. Von einem Geldkreditgeschäft kann man wirtschaftlich gesehen aber auch dann sprechen, wenn dem Kreditnehmer Sachgüter gegeben werden, ohne daß er sofort die Gegenleistung zu bewirken braucht. Juristisch betrachtet unterscheiden sich zwar beide Fälle erheblich. Während es sich bei den Geschäften der letzten Art meist um Kauf- oder andere Güteraustauschverträge handelt, liegen den zuerst genannten, eigentlichen Kreditgeschäften, Darlehensverträge zugrunde. Für die Frage des Kreditbetruges ist diese Unterscheidung jedoch ohne Bedeutung. Maßgebend ist hier lediglich die Tatsache, daß in beiden Fällen der Kreditgeber eine Leistung bewirkt, ohne sofort die Gegenleistung zu erhalten. Wenn daher im folgenden von Kreditgeschäften die Rede ist, werden sowohl Warenkredit- als auch Darlehnskreditgeschäfte darunter verstanden.

Strafrechtlich gesehen ist der Kreditbetrug Betrug schlechthin. Eine Sonderbestimmung besteht im StGB. für diesen Fall nicht. Daraus folgt, daß auch für den Kreditbetrug die Grundsätze Geltung haben, die für die Anwendung des § 263 StGB. von Bedeutung sind.

---

[1]) Vgl. Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4. Aufl. S. 944 »Kredit«.

[2]) Vgl. Hahn, Handwörterbuch der Staatswissenschaften a. a. O.

Ob diese Behandlung des Kreditbetruges nach der Bestimmung des § 263 StGB. den Bedürfnissen des Geschäfts- und Wirtschaftsverkehrs genügt, ist Gegenstand lebhaften Streites gewesen. Von seiten der Wirtschaft wurde der Gesetzgeber wiederholt aufgefordert, eine besondere Vorschrift der Krediterschleichung in das Gesetz aufzunehmen [1]). In den Beratungen des Reichstagsausschusses zum Entw. 27 war vorgeschlagen worden, als § 346a folgende Vorschrift in das StGB. einzufügen:

»Wer, abgesehen von den Fällen des Betruges, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er ihn durch ein Verschweigen von Tatsachen, das Anstand und Sittlichkeit im Kreditverkehr gröblich verletzt, zur Gewährung oder Verlängerung eines Kredites bestimmt, wird wegen Krediterschleichung mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt.« [2])

Der Vorschlag wurde jedoch nicht angenommen, weil man der Ansicht war, daß bei genügend weiter Auslegung des § 263 StGB. eine Bestrafung des Kreditbetrügers nach dieser Vorschrift möglich sei [3]). Man beschränkte sich darauf, in der Begründung zu § 343 Entw. den Satz aufzunehmen, »daß auch ein Verschweigen, welches den Gewohnheiten des redlichen Verkehrs widerspricht, z. B. bei der Bitte um ein Darlehen das Verschweigen der aussichtslos schlechten Vermögenslage, Täuschung im Sinne des § 343 sein könne« [4]). Auch die Denkschrift des Preußischen Justizministers »Nationalsozialistisches Strafrecht« sowie der Entwurf des kommenden deutschen Strafgesetzbuchs lehnen eine Strafbarkeit des Kreditbetrügers über die bestehenden gesetzlichen Vorschriften hinaus ab [5]).

So wird die Frage, inwieweit der Kreditbetrug strafbar ist, auch in Zukunft der Rechtsprechung überlassen bleiben. Dadurch erhält die Arbeit ihre Rechtfertigung.

---

[1]) Vgl. in erster Linie die Denkschrift der Vereine Creditreform e. V. 1929; Kleinrath, Kreditbetrug 1910; ders. DJZ. 1917, 259; Fischer und Sonntag, Bankarch. 29. Jahrg. S. 55, 213.

[2]) Vgl. Verhdlg. des 21. Ausschusses, 4. Wahlperiode 1928, 112. Sitzung.

[3]) Verhdlg. des 21. Ausschusses, 4. Wahlperiode 1928, 121. Sitzung. Ebenso neuerdings Schmid 101, Culemann 13f.

[4]) Entw. 27, Begründung S. 177.

[5]) Denkschrift S. 104. Dahm in Gürtner, Das kommende Deutsche Strafrecht, Bd. 2, Besonderer Teil, S. 467.

Die Untersuchung ist auf die Frage beschränkt, inwieweit objektiv eine Handlung oder Unterlassung beim Kreditgeschäft eine Täuschung im Sinne des § 263 StGB. darstellt, und inwieweit eine solche Täuschung rechtswidrig ist. Damit ist die Strafbarkeit des Kreditbetruges natürlich noch nicht entschieden. In allen Fällen müssen vielmehr, abgesehen von der Täuschung und Rechtswidrigkeit, der für die Vollendung des Betruges wesentliche Vermögensschaden und der subjektive Tatbestand festgestellt werden. Erstes Erfordernis der Tatbestandsmäßigkeit ist jedoch das Vorliegen einer Täuschungshandlung und der Rechtswidrigkeit des die Täuschung bedingenden Verhaltens. Beide Merkmale werden im folgenden erörtert werden, und zwar zunächst bei dem durch positives Tun, darauf bei dem durch Unterlassung begangenen Kreditbetrug.

Erster Abschnitt.

Der durch positives Tun begangene Kreditbetrug.

§ 2. Unmittelbare Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen beim Kreditbetrug.

Wie oben ausgeführt, bestimmt sich die Strafbarkeit des Kreditbetruges nach § 263 StGB. Das bedeutet für den durch positives Tun begangenen Kreditbetrug: Der Täter muß durch Handlungen Tatsachen vorgespiegelt oder unterdrückt haben, durch die beim Betrogenen ein Irrtum erregt wurde, der zu der schädigenden Vermögensverfügung geführt hat.

Als Gegenstand der Vorspiegelung oder Unterdrückung kommen sowohl äußere als auch innere Tatsachen in Betracht. Sie betreffen, entsprechend dem Inhalt des Kreditgeschäfts, die vom Betrüger zu machende Gegenleistung.

I. Vorgespiegelte äußere Tatsache ist in erster Linie die Zahlungsfähigkeit.

Es fragt sich zunächst, ob die Zahlungsfähigkeit bzw. die Zahlungsunfähigkeit als Tatsachen anzusehen sind. Beide Begriffe haben im Konkursrecht zu § 102 KO. eine eingehende Auslegung in Rechtslehre und Rechtsprechung erfahren. Zahlungsunfähigkeit liegt danach vor, wenn ein Schuldner seine fälligen und angeforderten Verbindlichkeiten ganz oder zu einem wesentlichen Teil, und zwar voraussichtlich dauernd, nicht mehr zu

erfüllen vermag[1]). Diese, für das Zivilrecht gültige Begriffbestimmung ist auch für das Strafrecht zu verwerten[2]), allerdings mit der Maßgabe, daß es für den Kreditbetrug nicht auf die Fähigkeit zur Bezahlung der fälligen und angeforderten Verbindlichkeiten im allgemeinen ankommt, sondern lediglich auf die Frage, ob der Kreditnehmer in der Lage ist, gerade die Verbindlichkeit zu erfüllen, die er durch Vorspiegelung seiner Zahlungsfähigkeit eingeht. Allerdings wird derjenige, der nicht in der Lage ist, seine Verbindlichkeiten im allgemeinen zu erfüllen, meist auch nicht imstande sein, eine neu eingegangene Schuld zu bezahlen. Immerhin kann es auch anders sein. Wer im allgemeinen zahlungsunfähig ist, kann doch in der Lage sein, einzelne, neue, kurzfristig aufgenommene Kredite zurückzuzahlen. Andererseits wird ein Schuldner zuweilen noch genügend Mittel besitzen, alle anderen an ihn herantretenden Verbindlichkeiten zu erfüllen, ohne daß auch neu einzugehende Verpflichtungen gedeckt werden. Immer ist jedoch zu beachten, daß der Mangel an baren Geldmitteln allein noch nicht gleichbedeutend mit Zahlungsunfähigkeit ist[3]). Auch wer als fester Kunde einen laufenden Bankkredit hat, den er jederzeit in Anspruch nehmen kann, ist zahlungsfähig. Umgekehrt schließt vorhandenes, aber dem tatsächlichen oder rechtlichen Zugriff des Gläubigers entzogenes Vermögen die Zahlungsunfähigkeit nicht aus (z. B. beschlagnahmtes Vermögen, Vermögen im Ausland u. ä.). Zahlungsunfähigkeit ist demnach etwas rein Tatsächliches, ein Zustand, der in der Außenwelt besteht, und dessen Vorhandensein festgestellt werden kann[4]). Daraus folgt: Wer erklärt, er sei zahlungsfähig, behauptet eine Tatsache.

Der Fall, daß jemand seine oder eines anderen Zahlungsfähigkeit unmittelbar behauptet, wird nun im Leben nur selten vorkommen. Meist tritt die Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit als mittelbare Vorspiegelung auf. Es wird nicht von der Zahlungsfähigkeit selbst gesprochen, sondern der Täter macht Angaben, die mittelbar seine Vermögensverhältnisse betreffen.

In diesen Bereich mittelbarer Vorspiegelung gehören die Fälle, in denen der Darlehnsnehmer Kredit unter dem Hinweis erbittet,

---

[1]) RGZ. 50, 41. — Aus diesem Begriff ergibt sich dann der Begriff der Zahlungsfähigkeit.

[2]) Teilweise a. A. Olshausen 263, 20, II a.

[3]) Vgl. Olshausen a. a. O.

[4]) Ebenso RG. Warn. 12, Nr. 7.

er habe eine Erbschaft gemacht, bzw. in der Lotterie einen großen Gewinn erzielt. Auch die Angaben sonstiger tatsächlicher Vorgänge, die geeignet sind, die vom Kreditnehmer behauptete Zahlungsfähigkeit darzutun, kommen hier in Betracht, z. B. der Kreditnehmer weist auf den hohen Stand der Aktien seines Unternehmens an der Börse, auf günstige Nachrichten und Beurteilung seines Betriebes in der Presse und ähnliches hin.

Wo zur Darlegung der Zahlungsfähigkeit derartige Angaben gemacht werden, liegt in ihnen eingeschlossen die Behauptung, zahlungsfähig zu sein. Als Vorspiegelung ist die Erwähnung derartiger Tatsachen daher nicht nur dann anzusehen, wenn sie in Wirklichkeit gar nicht vorhanden sind, wenn also in den oben angeführten Beispielen die Erbschaft oder der Lotteriegewinn gar nicht gemacht, die Kurse der Aktien in Wirklichkeit ganz niedrig, die Presseberichte über das Unternehmen ganz schlechte sind[1]). Eine Tatsachenvorspiegelung ist auch dann gegeben, wenn diese Tatsachen, rein äußerlich gesehen, zwar zutreffen aber für die Darlegung des Vermögensstandes nicht in Betracht kommen. Sind also die günstigen Presseberichte etwa durch Geldzuwendungen künstlich entfacht oder sind die Aktienwerte durch absichtlich hervorgerufene Börsenspekulationen künstlich in die Höhe getrieben, dann ist bei der Berufung auf diese Tatsachen die Zahlungsfähigkeit ebenfalls mittelbar vorgespiegelt.

Entsprechendes gilt, wo der Darlehnsnehmer, ohne ausdrücklich etwas über seine Zahlungsfähigkeit zu erklären, diese mittelbar durch Vorlegung von Urkunden oder ähnlichen Beweisstücken, die für den Vermögensstand erheblich sind, dartut. Wer seinem Kreditgeber fingierte Belege über die Einnahmen des Betriebes vorlegt, spiegelt genau so eine Tatsache vor, wie derjenige, der bestimmte Vermögenswerte angibt, die in Wahrheit nicht vorhanden sind. Ebenso ist es als Vorspiegelung anzusehen, wenn dem Kreditgeber Bilanzen gezeigt werden, die äußerlich einen guten Vermögensstand dartun, in Wirklichkeit aber die Geschäftslage unrichtig wiedergeben, so z. B. wenn die als Aktivum gebuchten Forderungen lediglich gegen Tochtergesellschaften gerichtet sind, die für den Vermögensstand des Unternehmens und seine Zahlungsfähigkeit be-

---

[1]) Vgl. auch RG. 70, 151: Falsche Angaben über die Ausnutzungsmöglichkeit eines noch nicht erteilten Patents, Behauptung der Wiedererschließung eines stillgelegten Bergwerks.

deutungslos sind, und ein greifbarer Vermögenswert in ihnen nicht enthalten ist.

Fraglich ist, ob auch die Benennung unzutreffender Referenzen, mittelbar als Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit anzusehen ist. Mit Recht hat die Rechtsprechung dies verneint[1]), weil es sich hier nicht um eine, für die Vermögensverhältnisse erhebliche Tatsachenbehauptung handelt. Wer im Zusammenhang mit dem Nachweis seiner Zahlungsfähigeit als Referenz die Auskunft dritter Personen benennt, tut dies lediglich in der Hoffnung, vom Benannten als kreditfähig hingestellt zu werden, erklärt also nicht selbst etwas über seine Vermögensverhältnisse. Der verfolgte Zweck ist gerade, daß ein anderer dies tun werde[2]).

Schwierig wird die Frage der mittelbaren Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit, wenn die auf sie hinweisenden Umstände nicht mehr die Form einer Tatsache, sondern eines Urteils haben.

Wann hier eine Tatsachenvorspiegelung vorliegt, kann nur an Hand des einzelnen Falles beantwortet werden. So wird in der Äußerung des Kreditnehmers, der an Stelle ausdrücklicher Angaben über seine Zahlungsfähigkeit erklärt, er habe ein gut gehendes Geschäft, mittelbar eine Erklärung über seine tatsächlichen Vermögensverhältnisse und damit seine Zahlungsfähigkeit enthalten sein. Eine derartige Äußerung stellt sich für den unbefangenen Betrachter als Behauptung der Tatsache dar, das Geschäft werfe ein solches Einkommen ab, daß die Rückzahlung des aufgenommenen Kredites gesichert ist. Nicht anders ist der Fall zu beurteilen, wenn der Kreditnehmer erklärt, »ein sicherer Mann« zu sein. Mit Recht[3]) hat man hierin die Vorspiegelung einer falschen Tatsache gesehen, weil in dieser, an sich ein Urteil enthaltenden Äußerung zugleich eine Täuschung über die dem Urteil zugrunde liegenden Tatsachen des guten Vermögensstandes bzw. der Zahlungsfähigkeit liegt[4]).

---

[1]) RG. JW. 27, 1693.

[2]) Wenn allerdings der Benannte unrichtige Auskunft geben soll oder, dem Täter bewußt, geben wird, dann kann Betrugsversuch oder Betrug (ev. in Mittäterschaft) gegeben sein.

[3]) RG. Rechtspr. V, 395; Recht 17, 3207; Ebermayer § 263, 4.

[4]) Abgesehen von der Täuschung über die Zahlungsfähigkeit wird der Kreditbetrug oft auch in der Weise begangen, daß dem Kreditgeber eine Sicherheit geboten wird, die in Wahrheit wertlos oder doch so minderwertig ist, daß sie als Äquivalent für das Darlehn nicht in Betracht kommt, vgl. hierzu RG JW. 33, 433: Der Kreditnehmer hatte einen Wechsel gegeben und den Akzeptanten als »gut beauskunftet« hingestellt, obwohl es sich um

II. Ein weiterer Fall des Kreditbetruges ist der durch Vorspiegelung innerer Tatsachen[1]). Als wichtigste innere Tatsache kommt die Vorspiegelung der Zahlungsabsicht in Betracht. In ständiger Praxis hat die Rechtsprechung bei Vorspiegelung der Zahlungsabsicht Betrug angenommen[2]).

Auch dort, wo Ansichten, Meinungen und Überzeugungen als solche vorgetäuscht werden, die der Täter gar nicht hat, liegt, wenn sie vom Kreditgeber als ernst genommen und zur Grundlage der Kredithingabe gemacht werden, eine Tatsachenvorspiegelung vor. In diesem Sinne können auch Urteile als Tatsache vorgespiegelt werden[3]).

Die als Absicht auftretende innere Tatsache braucht sich jedoch keineswegs nur auf den Zahlungswillen zu erstrecken. Der Kreditgeber kann z. B. auch dadurch getäuscht werden, daß ihm ein bestimmter Verwendungszweck des Geldes vorgespiegelt wird. Es kann für den Kreditgeber sehr wesentlich sein, was mit seinem Gelde geschieht. Oft gibt er es nur, damit es in ein bestimmtes Unternehmen hineingesteckt wird, denn der Fortbestand und Aufstieg des schuldnerischen Geschäfts bieten ihm die beste Sicherheit für die Rückzahlung des Kredites. So hat das Reichsgericht[4]) mit Recht in der Vorspiegelung, einen Wechsel zum Zwecke der Kreditbeschaffung verwenden zu wollen, einen Betrug gesehen, wenn der Wechsel in Wirklichkeit lediglich zur Bezahlung von Schulden verwendet wurde und der Kreditnehmer dies von vornherein beabsichtigte. Auch die Vorspiegelung der Absicht, das dargeliehene Geld für die Einrichtung eines Büros verwenden zu wollen, während es in Wahrheit zum Lebensunterhalt verbraucht werden sollte, ist daher als Betrug strafbar, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 263 StGB. gegeben sind[5]).

---

eine völlig vermögenslose Person handelte: Betrug. Ebenso RG. LZ. 08, 181; RG. 20, 3: Falsche Behauptung der Güte einer Hypothek. — Vgl. für die Frage, welcher Wert zugrunde zu legen ist, auch Goldschmidt 153.

[1]) Daß es innere Tatsachen gibt, ist heute so gut wie unstreitig; vgl. Ebermayer § 263, 4 statt Vieler.

[2]) Olshausen, § 263, 20 II; Ebermayer § 263, 2a; Frank § 263, II, 1, S. 583; RG. Rechtspr. II, 629, 690; LZ. 15, 383; 11, 753; vgl. auch RG. 2, 5; 24, 216.

[3]) Goldschmidt 142; Olshausen § 263, 9a. — Richtig Goldschmidt a. a. O., daß das RG. in GoltdArch. 46, 323 diese Folgerung nicht zieht. Vgl. aber das bei Ebermayer § 263, 9, e zitierte Urteil v. 22. 11. 26. 3. D. 689/26. (Vorhandensein einer Überzeugung beim Täter).

[4]) RG. JW. 32, 1744 = RG. 66, 56.

[5]) JW. 26, 2924; vgl. ferner JW. 11, 849; RG. Rechtspr. V, 294.

§ 3. Vorspiegelung und Unterdrückung von Tatsachen durch schlüssiges Verhalten beim Kreditbetrug.

Eine erhebliche Rolle spielen für den Kreditbetrug diejenigen Fälle, in denen weder ausdrücklich noch mittelbar durch sonstige, die Vermögensverhältnisse betreffende Angaben etwas über die Rückzahlung oder die Sicherheit des gegebenen Kredites gesagt wird, der Kreditnehmer vielmehr lediglich die Offerte zum Vertrage macht, das Geld in Empfang nimmt, über seine Vermögensverhältnisse dagegen schweigt. Hier scheint es sich auf den ersten Blick um Fälle zu handeln, bei denen der Betrug nicht durch Tun, sondern durch Verschweigen begangen wird. In Wirklichkeit liegt jedoch auch in diesen Fällen oft ein durch tätiges Verhalten begangener Betrug vor. Es darf nicht übersehen werden, daß auch Handlungen, die mit der Zahlungsfähigkeit usw. unmittelbar nichts zu tun haben, schlüssige Erklärungen über die Vermögensverhältnisse enthalten können.

Man spricht von Vorspiegelung oder Unterdrückung durch schlüssige Handlung dann, wenn der Täter nicht unmittelbar die Behauptung vom Vorhandensein oder Fehlen einer Tatsache aufstellt, sondern, wenn die unbefangene Auslegung seines gesamten Verhaltens zu dem Schlusse führt, der Täter wolle eine bestimmte Tatsache erklären. Dabei kann dieses schlüssige Verhalten sowohl in wörtlichen Äußerungen als auch in sonstigem Tun oder Lassen bestehen. Immer aber muß das äußere Verhalten des Täters, aus dem der Schluß auf die gewollte Erklärung gezogen wird, so sein, daß darin wirklich eine Erklärung gesehen werden kann [1]).

Es bedarf keiner weiteren Begründung, daß auch eine Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann [2]), fraglich ist nur, wann aus einem Verhalten eine bestimmte Erklärung herauszulesen ist.

Hier gelten die Grundsätze, die für die Auslegung von Willens-

---

[1]) Vgl. darüber näher unten S. 9 ff.

[2]) Frank § 263, II (für Vorspiegelung), Hegler, Vgl. Darst. B. VII S. 421, 422 (für Unterdrückung und Vorspiegelung); Olshausen § 263, 10, b; Ebermayer § 263, 2, a (beide für Vorspiegelung).

Gegen Anwendung schlüssigen Verhaltens bei Unterdrückung Cleric 15. Wenn meist bei der Unterdrückung nicht von schlüssigem Verhalten die Rede ist, so erklärt sich das daraus, daß regelmäßig bei schlüssigem Verhalten eine Vorspiegelung von Tatsachen gegeben sein wird.

erklärungen allgemein gelten[1]). Es ginge über den Rahmen der gestellten Aufgabe hinaus, die einzelnen, hier in Betracht kommenden Grundregeln zu entwickeln. Die Untersuchung muß sich auf die Ausdeutung derjenigen Erklärungen beschränken, die für die Frage des Kreditbetruges erheblich sind.

Auszugehen ist von dem Grundsatz, daß nur das aus den Erklärungen herausgelesen werden darf, was wirklich in ihnen enthalten ist. Das heißt: Es muß wirklich diejenige Behauptung aufgestellt sein, die beim Getäuschten den Irrtum hervorgerufen hat. Wenn es zweifelhaft ist, ob ein bestimmtes Verhalten im Sinne der Erklärung einer bestimmten Tatsache aufgefaßt werden kann, gilt auch hier der Grundsatz: in dubio pro reo. Es darf dann nicht gefolgert werden, daß der Täter diese Tatsache erklärt hat[2]).

Die hier zu ziehende Grenze ist von der Rechtsprechung und Literatur nicht immer scharf eingehalten worden. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen insbesondere, die den Betrug durch Verschweigen nur bestrafte, wenn eine Rechtspflicht zum Reden besteht, eine solche Rechtspflicht in dem das bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben jedoch früher nicht enthalten sah[3]), ist bei der Auslegung konkludenten Verhaltens zuweilen über eine natürliche Auslegung hinausgegangen. Dies erklärt sich daraus, daß das Reichsgericht in manchen Fällen bestrafen wollte, wo es von seinem Standpunkt aus nicht bestrafen konnte. Es legte daher in die Handlungen und Erklärungen des Täters etwas hinein, was bei objektiver Auslegung aus ihnen nicht zu entnehmen war[4]). Dieses Bestreben, nach Möglichkeit eine Vorspiegelung durch konkludentes Verhalten festzustellen, zeigt sich auch noch bei einem Teil der Entscheidungen, in denen das Reichsgericht dazu überging, eine Rechtspflicht aus Treu und Glauben anzuerkennen. Auch hier wird immer noch bemerkt, daß die Handlung des Täters auch als konkludentes Vorspiegeln angesehen werden könne[5]). Es hat

[1]) Vgl. BGB. §§ 157, 133. Vgl. Oertmann 9 vor § 104 (Komm.); RGR. Komm. vor § 116, 2.

[2]) So richtig v. Cleric 21; Kugelmann 36; May 33; Kohler 11; Grünhut JW. 31, 3810, Anmerkung zu Entsch. Nr. 28; Hoffmann 25; Kueßner 12.

[3]) Vgl. unten S. 21.

[4]) Bedenklich JW. 31, 2810 mit Bespr. von Grünhut, der zutreffend darauf hinweist, daß eine Bestrafung wegen Betruges hier nur möglich ist, wenn man Treu und Glauben als Rechtspflicht begründend anerkennt. Bedenklich ferner RG. 25, 95; 26, 28; 29, 36.

[5]) Vgl. von den bei Wachinger a. a. O. S. 393ff. zit. Erkenntnissen Nr. 2, 4, 6, 7.

den Anschein, als ob sich das Reichsgericht bei der Annahme einer Rechtspflicht aus Treu und Glauben zunächst unsicher fühlte.

Fälle, bei denen konkludentes Vorspiegeln von Tatsachen unbedenklich angenommen werden kann [1]), liegen z. B. vor, wenn durch besondere Täuschungsmanöver einer Ware äußerlich besondere Eigenschaften beigelegt werden, die in Wirklichkeit nicht vorhanden sind. Wird hier die Ware vom Verkäufer vorgezeigt und unter Hinweis auf ihre äußere Beschaffenheit als vollwertig angeboten, dann enthält dieses Angebot konkludent die Erklärung, daß die Ware auch wirklich den Wert hat, den sie äußerlich zu haben scheint [2]). Ebenso gehören hierher Fälle, in denen der Verkäufer falsche Etikettierungen gebraucht oder falsche Angaben auf Briefbogen macht, um dadurch konkludent über seinen Geschäftsumfang Erklärungen abzugeben, oder wo der Vertragsgegner, zur Schilderung seiner Vermögenslage aufgefordert, dies nur unvollständig tut, indem er nur die günstigen Umstände anführt, ungünstige dagegen verschweigt. Auch hier handelt es sich lediglich um ein scheinbares Verschweigen, in Wirklichkeit um eine positive Erklärung. Dieser Fall hat gerade für den Kreditbetrug eine große Bedeutung. Oft wird der Darlehnsnehmer bei den Verhandlungen über die Hingabe des Kredites aufgefordert, seine Vermögensverhältnisse darzulegen, bzw. anzugeben, welche Sicherheiten für die Hingabe des Darlehns bestehen. Wenn hierbei der Darlehnsnehmer eine scheinbar vollständige Schilderung seiner Vermögensverhältnisse gibt, in Wirklichkeit jedoch nur das Günstige hervorhebt, ungünstige Umstände dagegen wegläßt, dann ist sein Verhalten so auszulegen, als habe er sein Vermögen vollständig angegeben und als ob weitere Schulden und Belastungen nicht beständen. In der Aufforderung, die Vermögensverhältnisse zu schildern, liegt die Aufforderung, den gesamten Vermögensstand, also sowohl die Aktiven als auch die Passiven, anzugeben. Das weiß jeder Darlehnsnehmer. Seine Angaben enthalten daher konkludent die Behauptung, daß er, dieser stillschweigenden Voraussetzung entsprechend, den gesamten Vermögensstand geschildert und insbesondere keine ungünstigen Umstände verschwiegen hat. Mit Recht hat daher das Reichsgericht in diesen Fällen nicht wegen Betruges, begangen durch Verschwei-

[1]) Hierzu auch Kohlrausch a.a.O. 742 ff.

[2]) Vgl. Frank § 263, II, 1 u. dort zit. RG. GoltdArch. 47, 283; 50, 392; ferner Olshausen § 263, 10b.

gen, sondern durch konkludente Vorspiegelung falscher Tatsachen bestraft[1]).

II. Die Frage, inwieweit ein Betrug durch konkludentes Handeln begangen werden kann, braucht allgemein hier nicht weiter verfolgt zu werden. Da der Kreditbetrug Eingehungsbetrug ist, genügt es, die Untersuchung auf die Frage zu beschränken, welche Handlungen bei Abschluß eines Vertrages schlüssige, als Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen in Betracht kommende Erklärungen enthalten. Zu prüfen ist daher, a) was enthält die Erklärung, einen Vertrag eingehen zu wollen, insbesondere bezüglich des Erfüllungswillens und der Fähigkeit, erfüllen zu können, b) welchen Inhalt hat die Erklärung desjenigen, der das Angebot zu einem Kreditvertrage macht.

Der Inhalt der Erklärung, die in dem Vertragsantrag liegt, ist von jeher streitig gewesen. Er ist immer für den Vertrag schlechthin gedeutet worden, ohne daß man auf die Eigenheiten des einen oder anderen Vertragstypus einging.

Eingehend hat sich mit dieser Frage schon Adolf Merkel[2]) befaßt. Nach seiner Auffassung behauptet derjenige, der in ein bestimmtes Geschäft eintritt oder eine bestimmte Leistung fordert, annimmt oder anbietet, im Zweifel dreierlei. Er behauptet einmal das Vorliegen aller durch die Natur der Geschäftsart erforderlichen Voraussetzungen des Vertrages auf seiner Seite. Wer daher eine Zahlung fordert, der behauptet nach Merkel, daß er Inhaber des Forderungsrechtes sei. Wer ein Darlehn aufnimmt, behauptet, daß er fähig sei, sich rechtlich zu verpflichten und die Möglichkeit der Rückzahlung habe.

Weiter enthalte die Vertragsofferte im Zweifel die Behauptung, daß die bei Zustandekommen des Vertrages maßgeblichen Voraussetzungen, welche im Einzelfalle einen zweifellosen Ausdruck in den Willensäußerungen der Gegenseite bei den Vertragsabschlußverhandlungen gefunden hätten, vorhanden, und daß die Bedingungen, von welchen das Zustandekommen des Vertrages oder die Gegenleistung ausdrücklich oder stillschweigend abhängig gemacht

[1]) RG. Rechtspr. V, 35, 95; insbesondere RG. v. 15. 12. 30. II. 964/30. zit. bei Wachinger, S. 389 Nr. 2. Vgl. ferner RG. DJZ. 32, Nr. 55; RG. Recht 29, 652; (wer den Kreditgeber durch seine Fabrikräume führt, ev. Belastungen oder Sicherungsübereignungen dabei nicht erwähnt, spiegelt konkludent vor, daß die Gegenstände unbelastet sind). Neuerdings vgl. hierzu auch RG. 70, 151 (152).

[2]) Krim. Abhdlg. II, 151ff. ebenso Berner 583.

sei, gegeben seien. So behaupte z. B. der Handwerker, der seinen Kunden eine bestellte Sache liefere, das Vorliegen der Eigenschaften, welche bezüglich der Ware bei der Bestellung ausbedungen oder vorausgesetzt würden[1]). Ebenso enthalte der Verkauf eines Lotterieloses die Erklärung, daß das Los noch nicht gezogen sei.

Als drittes liege in der Vertragsofferte bzw. im Geschäftseintritt die Behauptung, daß die Voraussetzungen, von welchen der Vertragsantragende selbst seinen Eintritt in das Geschäft abhängig gemacht habe, und die wesentlichen Erfordernisse des Geschäfts bei dem Mitkontrahenten vorhanden seien. So bringe, wer eine bestimmte Sache kaufe, stillschweigend zum Ausdruck, daß der Verkäufer auch Verfügungsbefugnis über die Sache habe, und wer ein Darlehn gebe, der lasse erkennen, daß der Andere zur Rückzahlung gezwungen werden könne[2]).

Ob die Vertragsofferte diesen zuletzt genannten Inhalt hat, kann dahingestellt bleiben, da diese Frage für einen durch den Kreditnehmer begangenen Betrug keine Rolle spielt. Zu prüfen ist jedoch, ob die beiden zuerst genannten Erklärungen wirklich in dem Vertragsantrag schlüssig enthalten sind.

Das ist zu bejahen, soweit es sich dabei um die Behauptung handelt, daß die ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzungen, von welchen der Mitkontrahent die Annahme eines bestimmten Vertragsantrages oder eine bestimmte Leistung abhängig gemacht hatte, vorhanden sind. Diese Auslegung des Vertragsantrages ist zutreffend. Wo bei einem Vertragsschluß ausdrücklich oder stillschweigend unzweideutig zum Ausdruck kommt, daß der Vertrag nur unter besonderen Voraussetzungen geschlossen wird, muß es sich der Vertragsgegner, der in Kenntnis dieser Voraussetzungen den Vertrag eingeht, gefallen lassen, daß seine Erklärung so ausgelegt wird, als ob er selbst ebenfalls von den gegnerischen Voraussetzungen ausgehe. Das ist keine Fiktion, sondern eine objektive, den Umständen des Falles entsprechende Auslegung. Mit Recht sagt das Reichsgericht in diesen Fällen, daß »durch das Verhandeln mit dem Vertragsgegner, dessen Vorstellung er erkannt hat, der Antragende tatsächlich in einer Weise auf den Gedankengang des Anderen eingeht, daß dieser durch das, eine stillschweigende Erklärung enthaltende Verschweigen getäuscht wird[3])«.

[1]) Merkel Holtzend. Hdb. Bd. 3, 753, Anmerkung 7.
[2]) Vgl. Holtzend. Hdb. 753, Anmerkung 8; Krim. Abhdlg. II, 156.
[3]) Gegen die Richtigkeit dieser Auslegung Grünhut JW. 32, 1744;

Nicht zutreffend ist jedoch der von Merkel aufgestellte Satz, in jeder Vertragsofferte liege allgemein die Erklärung, daß die »von der Natur des Geschäfts an die Hand gegebenen wesentlichen Erfordernisse auf seiner Seite gegeben seien«[1]). Es kann nach dem von Merkel gegebenen Beispielen[2]) nicht zweifelhaft sein, daß nach seiner Ansicht der Vertragsantrag auch die Erklärung enthalte, den Vertrag sowohl erfüllen zu wollen, als auch ihn erfüllen zu können. In dieser Allgemeinheit ist der Satz jedoch nicht aufrecht zu erhalten.

Es ist zunächst zu scheiden zwischen Erfüllungswillen und Erfüllungsmöglichkeit. Soweit es sich um den Erfüllungswillen handelt, ist die Meinung Merkels zutreffend. Zweifellos liegt in der Erklärung, einen Vertrag eingehen zu wollen, konkludent die Behauptung der Absicht, den Vertrag auch erfüllen zu wollen. Nur eine derartige Ausdeutung des Vertragsantrages entspricht den Grundsätzen einer billigen Auslegung. Der Vertragsofferent kann sich deshalb nicht darauf berufen, daß er insgeheim die Absicht, den Vertrag zu erfüllen, nicht gehabt und deshalb auch gar nicht habe vorspiegeln können. Ein solcher Einwand wäre unbeachtlich. Es kommt allein darauf an, wie sich bei objektiver Betrachtung der Sachlage die Erklärung darstellt. Bei einer derartigen Betrachtung kann aber kein Zweifel daran sein, daß, wer den Vertrag eingehen will, damit behauptet, ihn auch erfüllen zu wollen. Das ist auch nahezu unbestritten[3]).

Schwieriger erscheint die Beantwortung der Frage, ob in der Eingehung des Vertrages auch die Erklärung liegt, die Fähigkeit, bzw. die Möglichkeit zur Erfüllung des Vertrages zu haben. Sowohl in der Literatur[4]) als auch in der Rechtsprechung[5]) gehen die Ansichten hier auseinander.

---

zustimmend Wachinger a. a. O., S. 383, 384 und die dort zit. Erkenntnisse des RG. Nr. 3, 4, 7. Vgl. hierzu auch RG. 41, 407; 70, 151.

[1]) Merkel, Holtzd. Hdb. S. 753.

[2]) Holtzend. Hdb. a. a. O., Anmerkung 6.

[3]) Frank § 263, II, 1; Ebermayer § 263, 2; RG. LZ. 1915, 1383; Rechtspr. II. 629, 690; RG. 24, 72; ferner Binding, Lehrbuch I, 346; Schmid 27, Anmerkung 27. Dagegen lediglich (für den Fall der Zechprellerei) Cleric 21.

[4]) Vgl. Merkel, a. a. O.; Binding Lehrb. I, 346; Wachinger, a. a. O. S. 384; ohne ausdrückliche Stellungnahme Frank § 263, II, 1; mit Einschränkungen Schmid 27, Anmerkung 27, einerseits, Ebermayer § 263, 2 a; Kugelmann 36 (mit Ausnahme des Bargeschäfts); v. Cleric 21, andrerseits.

[5]) Vgl. RG. 41, 31; RG. Rechtspr. II, 630, 690; RG. LZ. 1915, Spalte 1383; vgl. aber RG. v. 3. 12. 31. (2. D. 2 01. 31.) abgedr. bei Culemann 27; dazu auch Schmid 27.

Die Lösung der Frage fordert zunächst eine Besinnung darauf, daß es sich hier um Auslegung von Willenserklärungen handelt. Es kann daher nicht nur die Äußerung für sich betrachtet, sondern es müssen die gesamten Umstände, unter denen sie zustande gekommen ist, einer Prüfung unterzogen werden. Meist ist erst aus ihnen überhaupt die in der Äußerung enthaltene Erklärung zu entnehmen.

Diese Umstände werden nun nicht für alle Fälle gleich sein. So hat z. B. eine konkludente Erklärung bei einem bedingten Kauf eine andere Bedeutung als bei einem unbedingten. Betrachtet man daraufhin die reichsgerichtlichen Entscheidungen, dann zeigt sich, daß auch bei ihnen der zugrunde liegende Sachverhalt grundsätzlich verschieden ist. Wo das Reichsgericht den Grundsatz aufstellt, die Vertragsofferte enthalte konkludent die Erklärung, den Vertrag erfüllen zu können, handelt es sich um solche Fälle, bei denen Zug um Zug zu erfüllen war. Bei den entgegengesetzt lautenden Erkenntnissen liegen dagegen andere Geschäfte zugrunde, und zwar meist Kreditgeschäfte[1]).

Soweit Verträge der zuerst genannten Art in Frage kommen, kann der vom Reichsgericht und Merkel vertretenen Ansicht durchaus beigepflichtet werden. Wer im Geschäftsverkehr unter der Voraussetzung der Barzahlung, insbesondere also, wer im Kleinhandel Waren kauft, der erklärt damit nicht nur, zahlen zu wollen, sondern auch zahlen zu können. Denn da die Voraussetzung des Barzahlungsgschäfts oder der sonstigen Zug-um-Zug Geschäfte sofortige Leistung ist, kann die Erklärung, den Vertrag eingehen zu wollen, nichts anderes enthalten, als die Behauptung, sowohl die Erfüllungsabsicht, als auch die Erfüllungsmöglichkeit zu haben. Eine solche Auslegung der Erklärung entspricht durchaus dem sich aus den Umständen und der Art des Geschäfts ergebenden Sinn[2]). Wer also ein derartiges Geschäft eingeht und den Zahlungswillen erwiesenermaßen nicht hat oder weiß, daß er nicht in der Lage ist, die Gegenleistung zu machen, der spiegelt konkludent eine Tatsache vor, die in Wirklichkeit nicht vorhanden ist.

---

[1]) Vgl. die unten S. 16 Anm. 3—5 zit. Entscheidungen.

[2]) Ebenso Schmid 27, Anmerkung 27; Ebermayer § 263, II a. Die Frage hat auch Bedeutung bei der Zechprellerei. Hier wird allgemein Betrug durch konkludentes Vorspiegeln angenommen. Meist wird es hier schon am Zahlungswillen fehlen. Vgl. RG. Rechtspr. IV, 90; Merkel, Die Vermögensbeschädigung beim Betrug; Diss. Erlangen 1900, S. 361. Abweichend nur Cleric 21.

III. Zweifelhaft erscheint jedoch, ob diese Auslegung auch für die Kreditgeschäfte zutrifft.

Dem Charakter des Kreditgeschäfts entsprechend tritt hier an die Stelle der Erfüllungsabsicht schlechthin die Absicht, die Ware am Fälligkeitstermin bezahlen bzw. den geliehenen Betrag zurückzahlen zu wollen, mit anderen Worten, die Zahlungsabsicht, an die Stelle der Erfüllungsmöglichkeit dementsprechend die Zahlungsfähigkeit. Auch beim Kreditgeschäft sind beide zu trennen. Es ist daher gesondert zu untersuchen, ob im Vertragsantrag eines Kreditgeschäfts sowohl die Erklärung liegt, zahlen zu wollen, als auch zahlungsfähig zu sein.

Was zunächst die Frage der Zahlungsabsicht betrifft, so ist bei den Kreditgeschäften nicht anders zu entscheiden als in den oben erwähnten Fällen des Bargeschäfts. Auch wer Waren unter Kredit kauft, bzw. wer sich ein Darlehn geben läßt, behauptet damit stillschweigend, am Fälligkeitstage die Waren bezahlen bzw. das Darlehn zurückzahlen zu wollen. Das kann hier ebensowenig zweifelhaft sein wie in den oben behandelten Fällen. Wer also diese Absicht nicht hat, hat eine falsche innere Tatsache konkludent vorgespiegelt und macht sich deshalb des Betruges schuldig.

Dieser Fall ist immer dann gegeben, wenn die Vermögensanlage des Kreditnehmers bereits bei Entgegennahme des Kredites oder der auf Kredit gekauften Waren so schlecht ist, daß eine Rück- bzw. Bezahlung einfach ausgeschlossen erscheint. Wo sich bei objektiver Betrachtung des Vermögensstandes des Schuldners ergibt, daß die Erfüllung der Vertragspflicht völlig unmöglich ist, also auch nicht einmal die Hoffnung besteht, das Darlehn zurückzahlen zu können, liegt eine Vorspiegelung der Zahlungsabsicht vor. Demgegenüber kann nicht geltend gemacht werden, die Absicht als eine innere Tatsache könne immer vorhanden sein, ohne Rücksicht darauf, ob die Möglichkeit bestehe, sie zu verwirklichen. Gewollt werden kann nur das, was möglich ist. Wer daher keine Geldmittel besitzt, dazu vielleicht auch noch verschuldet ist, kann nicht die Absicht haben, ein ihm zu gewährendes Darlehn zurückzuzahlen. Er kann sie nicht haben, wenn er genau weiß, daß er sie nicht verwirklichen kann[1]).

Das bedeutet andererseits aber nicht, daß bei Eingehung eines Vertrages trotz bewußter augenblicklicher Zahlungsunfähigkeit

[1]) RG. 24, 217; Rechtspr. II, 629, 690; IV, 89.

die Zahlungsabsicht immer vorgespiegelt sein muß. Auch wer im Augenblick Geldmittel nicht besitzt, kann dennoch vorhaben, am Fälligkeitstermin zu zahlen, weil seine schlechte Vermögenslage nach seiner Ansicht nur eine vorübergehende ist. Das wird gerade bei Kreditgeschäften sehr häufig so sein[1]). Hier wird der Kreditnehmer oft hoffen, sich mit Hilfe des Kredites wieder zahlungsfähig zu machen. Gerade deshalb werden praktisch nur wenige Fälle des Kreditbetruges mit Vorspiegelung der Zahlungsabsicht gelöst werden können.

Es fragt sich aber, ob nicht auch die Zahlungsfähigkeit vorgetäuscht wird, und zwar konkludent durch den Abschluß des Kreditvertrages. Soweit die Literatur diese Frage behandelt, wird auf die Eigenart des Kreditgeschäfts nicht eingegangen. Diejenigen, die in der Vertragsofferte schlüssig die Erklärung enthalten sehen, den Vertrag erfüllen zu können, nehmen das auch für das Kreditgeschäft an[2]). Nur das Reichsgericht macht einen Unterschied zwischen Kredit- und sonstigen Geschäften. Während es sonst, wie oben gezeigt, von dem Grundsatz ausgeht, daß derjenige, der einen Vertragsantrag zu einem Rechtsgeschäfte macht, damit erklärt, daß die Voraussetzungen dazu in seiner Person und in der Sachlage gegeben seien[3]), weicht es bei dem Kreditgeschäft von seiner Meinung ab. Obgleich nämlich die Folgerung aus dem in dieser Allgemeinheit aufgestellten Satz des Reichsgerichts die sein müßte, daß in jedem Vertragsantrag beim Kreditgeschäft die Erklärung der Zahlungsfähigkeit enthalten sei, zieht das Reichsgericht diese Folgerung beim Kreditgeschäft nicht[4]), wenn es auch betont den Unterschied nie zum Ausdruck gebracht hat[5]).

Die wohl unbewußt gemachte Unterscheidung hat aber durchaus ihre Berechtigung. Für die Frage, inwieweit der Vertragsantrag die Behauptung, zahlungsfähig zu sein, enthält, macht es einen Unterschied, ob es sich um ein Kreditgschäft oder um ein Bargeschäft handelt. Um das zu erkennen, muß zunächst gefragt werden, was

---

[1]) Ebermayer § 263, 2 a; RG. 24, 216; vgl. auch Frank, § 263 II, 1, S. 583 unten, nicht ganz scharf in der Auslegung der Rechtsprechung des RG.

[2]) Vgl. einerseits Merkel, a. a. O. S. 753 Anmerkung 7; Hegler 436; Binding, Lehrbuch I, 346; andererseits Ebermayer § 263, 2, a; Kohler 26; vgl. auch Kugelmann 36.

[3]) RG. 41, 31.

[4]) Vgl. RG. 41, 31; LZ. 15, Sp. 1383 einerseits, RG. 2, 5; 24, 216ff. andererseits.

[5]) Vgl. RG. 2, 5; 24, 216 (diese betreffen Kreditgeschäfte).

Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit überhaupt bedeutet. Dabei ist daran zu erinnern, was oben[1]) über die Bedeutung des Begriffs Zahlungsfähigkeit gesagt ist. Dort ist im einzelnen dargelegt, daß die Erklärung, zahlungsfähig zu sein, eine Tatsachenbehauptung darstellt. Wer erklärt, zahlungsfähig zu sein, behauptet die Tatsache, daß der gegenwärtige Stand seines Vermögens die Bezahlung eingegangener oder einzugehender Verbindlichkeiten ermögliche. Der im Augenblick des Vertragsschlusses bestehende Vermögensstand ist aber nun für das Kreditgeschäft nicht unter allen Umständen entscheidend. Den Kreditgeber interessieren meist erst die Vermögensverhältnisse seines Schuldners im Zeitpunkt der Fälligkeit der Schuld. Wenn daher eine Erklärung über die Zahlungsfähigkeit aus der Offerte herausgelesen werden soll, dann kann es nur eine Erklärung dahingehend sein, im Zeitpunkt der Rückzahlung einen Vermögensstand zu haben, der die Rückzahlung der eingegangenen Schuld ermöglicht. Damit wird aber die Behauptung der Zahlungsfähigkeit, die zunächst Behauptung einer Tatsache ist, zur Behauptung einer inneren Überzeugung. Der zukünftige Vermögensstand kann nicht gewußt werden, weil der Kreditnehmer ihn als etwas in der Zukunft Liegendes überhaupt nicht kennen, also auch nicht konkludent vorspiegeln kann. Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit kann daher beim Kreditgeschäft nichts anderes bedeuten, als die Erklärung der Überzeugung, daß nach dem gegenwärtigen Stand der Vermögenslage, unter Berücksichtigung einer normalen Geschäftsentwicklung, das Darlehn zum fraglichen Zeitpunkt wird zurückgezahlt, bzw. die auf Kredit gekaufte Ware wird bezahlt werden können. Auch hier kann also, wie bei der Zahlungsabsicht, nur die schlüssige Vorspiegelung einer inneren Tatsache in der Vertragsofferte enthalten sein.

Da die sinngemäße Auslegung eines bestimmten Verhaltens vom Normalfall auszugehen hat, muß bei Beantwortung der Frage, ob die oben genannte innere Tatsache beim Kreditgeschäft im Vertragsantrag enthalten ist, vom normalen Kreditgeschäft ausgegangen werden. Seine Besonderheit gegenüber dem Bargeschäft liegt nun aber darin, daß im Augenblick des Vertragsabschlusses der Vermögensstand des auf Kredit Kaufenden bzw. des Darlehnsnehmers nicht ganz sicher ist. In der Regel der Fälle liegt es vielmehr so, daß der Kreditnehmer nicht weiß und auch nicht wissen kann, wie

[1]) Vgl. oben S. 3 f.

sich seine Vermögenslage entwickeln wird. Oft nimmt er den Kredit gerade deshalb auf, weil er hofft, damit seine Vermögensverhältnisse zu verbessern oder mit dem geliehenen Geld bzw. den auf Kredit gekauften Waren das Geschäft wieder in Gang zu bringen und so den kreditierten Betrag wieder herauszuwirtschaften. Er wird daher in der Regel zwar die Absicht haben, den Kredit zurückzuzahlen, die innere Überzeugung, diese Absicht auch verwirklichen zu können, wird ihm jedoch oft fehlen, weil die Vermögenslage zur Zeit des Geschäftsabschlusses diese Überzeugung nicht gestattet. Regelmäßig wird er nur hoffen, seine Verpflichtungen erfüllen zu können, ohne immer davon überzeugt zu sein, daß diese Hoffnung auch in Erfüllung geht.

Geht man aber hiervon aus, dann erscheint es unmöglich, in dem Abschluß eines Kreditgeschäftes oder in der Vertragsofferte zu einem solchen Geschäft die konkludente Erklärung der Zahlungsfähigkeit zu sehen.

Vom Standpunkt aktiver Vorspiegelung oder Unterdrückung sind daher diese Fälle nicht zu lösen. Will man hier zur Strafbarkeit kommen, kann dies nur unter dem Gesichtspunkt eines durch Unterlassung begangenen Betruges geschehen. Dessen Voraussetzung sind daher im folgenden zu prüfen.

Zweiter Abschnitt.

Der durch Unterlassung begangene Kreditbetrug.

§ 4. Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung in Rechtsprechung und Wissenschaft insbesondere beim Verstoß gegen den Treu- und Glaubensgrundsatz.

Die rechtliche Möglichkeit, einen Betrug durch Unterlassung zu begehen, ist von der herrschenden Lehre immer anerkannt worden. Es hat zwar zuweilen Ansichten gegeben, die dies leugneten, weil der Sprachgebrauch und die Fassung des Gesetzeswortlautes angeblich entgegenständen[1]), die herrschende Lehre hat jedoch diese Bedenken nicht geteilt. Sie hat vielmehr für den Betrug durch Unterlassung die Grundsätze zur Anwendung gebracht, die für die

[1]) Vgl. Berner 583; Schütze 474 für die Vorspiegelung durch Unterlassung; desgl. für die Unterdrückung von Tatsachen durch Unterlassung a. a. O. 583, 471; ebenso Rotering GerS. 60, 254; Hälschner 259; Landsberg 206.

Begehung einer strafbaren Handlung durch Unterlassung schlechthin gelten. Damit wurde zunächst das Problem des Betruges durch Unterlassung ein Teilproblem des unechten Unterlassungsdelikts überhaupt. Alle Fragen und Streitigkeiten, die über die Möglichkeit und Strafbarkeit dieser Vergehensart bestanden und entstanden, mußten zwangsläufig auch die Stellungnahme zu dem durch Unterlassung begangenen Betrug beeinflussen.

Der ursprüngliche Streit über das unechte Unterlassungsdelikt ging um das Kausalitätsproblem[1]). Die Frage war, ob eine Unterlassung überhaupt ursächlich für einen strafbaren Erfolg sein könne. Wer der Unterlassung die Kausalität absprach, mußte folgerichtig auch verneinen, daß ein Betrug durch Unterlassung zu begehen war. Diese Folgerung wurde auch gezogen. So hat Adolf Merkel, der das unechte Unterlassungsdelikt schlechthin leugnete, weil eine Unterlassung nicht kausal sein könne[2]), auch einen Betrug durch Unterlassung aus denselben Gründen nicht gekannt[3]).

Auch über diese Bedenken ist die herrschende Lehre hinweggegangen. Sowohl die Rechtslehre als auch die Rechtsprechung nehmen allgemein an, daß auch eine Unterlassung im Rechtssinne kausal sein könne. Der Streit über die Begründung blieb zwar bestehen, hatte jedoch nur noch theoretische Bedeutung. Im Ergebnis herrschte Einigkeit darüber, daß das unechte Unterlassungsdelikt in gewissen Fällen dem durch Handeln begangenen Vergehen gleichzustellen sei[4]).

Die Arbeit geht von dieser Anschauung aus. Sie muß darauf verzichten, zur Problematik der Kausalität Stellung zu nehmen oder die Ansicht der herrschenden Lehre zu begründen. Das Problem ist zu schwierig, um im Rahmen einer Arbeit, die sich mit den Ergebnissen der Rechtslehre und Rechtsprechung zu einer Frage des praktischen Rechtslebens befassen will, eingehend behandelt zu werden. Es wird dabei nicht verkannt, daß von der Bejahung oder Verneinung der Kausalität der Unterlassung die Möglichkeit des unechten Unterlassungsdelikts und damit auch des Betruges durch

---

[1]) Der Wechsel der Problemstellung beim unechten Unterlassungsdelikt ist von Schaffstein in seinem Aufsatz »Strafrechtsform und Unterlassungsdelikt« in DJ. 1936, S. 767 dargestellt worden.

[2]) Strafr. Abhdlg. I. 79 ff.

[3]) Strafr. Abhdlg. II 139.

[4]) Die Literatur zum Kausalitätsproblem der Unterlassung ist außerordentlich umfangreich. Vgl. hierzu die Kommentare.

Unterlassung überhaupt abhängt. Aber diese Frage zu behandeln ist nicht Aufgabe, sondern Voraussetzung der Arbeit, von der sie in Übereinstimmung mit der heute herrschenden Rechtslehre und Rechtsprechung ausgeht.

Damit ist jedoch weder das Problem des Unterlassungsdelikts überhaupt, noch das des Kreditbetruges gelöst. Denn nicht jede für einen Erfolg kausale Unterlassung kann strafbar sein, auch wenn die im Sinne der Kausalität erforderliche Beziehung zu einem strafbaren Erfolg gegeben ist. Die Unterlassung muß vielmehr, soll sie zur Strafbarkeit führen, rechtswidrig sein. Wann dies der Fall ist, bedarf eingehender Prüfung. Beim Tun folgt die Rechtswidrigkeit bereits aus der Tatsache des strafbaren Erfolgseintritts bzw. der unter Strafe gestellten Tätigkeit. Der Gesetzgeber verbietet durch die Strafandrohung das Handeln. Wird dem Gebot, nicht zu Tun, zuwidergehandelt und damit der verbotene, unter Strafe gestellte Erfolg herbeigeführt, dann sind die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit gegeben. Das Handeln ist mangels Vorliegens besonderer Umstände rechtswidrig. Das Tatbestandsmäßige des Verhaltens indiziert die Rechtswidrigkeit[1]).

Anders bei den unechten Unterlassungsdelikten. Bei ihnen begründet die Tatsache allein, daß der verbotene Erfolg eingetreten ist, noch nicht die Rechtswidrigkeit der Unterlassung. Aus dem gesetzlichen, lediglich von der verbotenen Herbeiführung des Erfolges durch tätiges Verhalten sprechenden Tatbestand läßt sich hier die Rechtswidrigkeit nicht herleiten. Deshalb kann von einer Tatbestandsmäßigkeit in dem Sinne, wie sie die Lehre von der Indizierung der Rechtswidrigkeit durch tätige Tatbestandserfüllung voraussetzt, bei der unechten Unterlassung keine Rede sein. Der gesetzliche Tatbestand des Delikts gibt nur eine Anweisung dahin, was nicht getan werden darf, er besagt nichts darüber, was getan werden muß. Das Verbot, tätig zu werden, schließt die Erlaubnis, untätig zu bleiben, ein[2]).

Die Lösung ergibt sich für das unechte Unterlassungsdelikt aus der Umkehrung jenes, beim positiven Tun aus dem Gesetz hergeleiteten Grundsatzes, daß die Rechtswidrigkeit des positiven Tuns aus der Aufstellung von Verboten durch das Gesetz folgt. Die Umkehrung dieses Satzes für das unechte Unterlassungsdelikt führt zu dem Ergebnis, daß die Rechtswidrigkeit des Nichttuns begründet

[1]) M. E. Mayer 190.

[2]) M. E. Mayer 190; Binding, Lehrbuch 164; v. Liszt-Schmidt 189.

ist in dem Gebot des Tuns. Unterlassungen, die tatbestandsmäßig zu einem strafbaren Erfolg führen, sind nur dann rechtswidrig, wenn der Täter einem Gebot, einer Pflicht, tätig zu werden, zuwider handelt.

Grenze und Umfang dieser Pflicht und damit die Rechtswidrigkeit der Unterlassung zu bestimmen, war der Gegenstand des Streites über die unechten Unterlassungsdelikte.

Zunächst fragte sich, welcher Art die das Tun gebietende Pflicht sein müsse. Die herrschende Lehre war hier einhellig der Ansicht, daß nur der Vorstoß gegen rechtliche nicht gegen moralische oder sittliche Pflichten die Unterlassung rechtswidrig machen könne. Die zweite Frage betraf den Umfang der rechtlichen Pflichten. Auch hier stimmten Wissenschaft und Praxis im wesentlichen überein, sie erkannten drei solcher Pflichten an, und zwar Rechtspflichten aus Gesetz, Vertrag und vorangegangenem Tun[1]). Nur wo eine dieser Pflichten nachzuweisen war, war die Unterlassung rechtswidrig.

Auch die Strafbarkeit des Kreditbetruges wurde unter diesem Gesichtspunkt geprüft und beurteilt. Es darf zunächst daran erinnert werden, daß die Frage, die hier zu beantworten ist, dahin geht, wann und in welchem Umfange der Kreditnehmer bei der Kreditannahme verpflichtet ist, Mitteilung über seine Vermögensverhältnisse zu machen. Soweit Vertrag oder vorangegangenes Tun eine Rechtspflicht ergaben, bestanden keine Schwierigkeiten. Der größere Teil der Fälle war jedoch so nicht zu lösen, weil diese Rechtspflichten aus tatsächlichen Gründen nicht in Betracht kamen. Die Frage war, ob darüber hinaus aus dem Gesetz eine Aufklärungspflicht zu entnehmen sei. Da besondere Vorschriften hierüber nicht bestanden, konnte eine gesetzliche Pflicht nur aus Treu und Glauben hergeleitet werden.

Das wurde bis vor nicht allzulanger Zeit von den Strafsenaten des Reichsgerichts abgelehnt. Sie hielten in ständiger Rechtsprechung daran fest, daß die Grundsätze von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr für die Strafbarkeit nach § 263 StGB. unerheblich seien, weil sich aus diesen Grundsätzen eine Rechtspflicht nicht herleiten lasse. Von den verschiedenen Entscheidungen, die hierzu ergangen sind[2]), sollen nur einige wiedergegeben werden.

[1]) Bedenken blieben auch hier. Insbes. wird vielfach in Zweifel gestellt, ob eine Vetragspflicht genügen kann, eine Unterlassung i. S. eines Straftatbestandes rechtswidrig zu machen.

[2]) A. A. RG. 12, 395, zweifelhaft auch RG. 29, 349.

So heißt es in Goltd. Arch. 51, 51:

»Aus den den Handelsverkehr beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben läßt sich die Existenz einer Verpflichtung (zur Mitteilung) nicht herleiten,«

in RG. 41, 376,

»der Umstand ferner, daß, wie die Strafkammer ausführt, der Täter sich eines schweren Verstoßes gegen die im Privatrecht herrschenden Grundsätze von Treu und Glauben schuldig gemacht und die guten Sitten in gröblichster Weise verletzt habe, vermag nach feststehender Praxis des Reichsgerichts den Begriff »Unterdrückung« im Sinne des § 263 StGB., der Verletzung einer Rechtspflicht, nicht zu erfüllen«.

Auch die Kommentare hatten sich dieser Meinung angeschlossen[1]). Die beiden Entscheidungen zeigen mit aller Deutlichkeit, weshalb das Reichsgericht die Strafbarkeit verneinte: Einmal, weil die Bestimmungen des BGB., welche ein Treu und Glauben entsprechendes Verhalten fordern, nicht als rechtspflichtbegründend angesehen wurden, und ferner, weil andere als Rechtspflichten, ganz gleich welcher Art, nicht genügen sollten, um eine Unterlassung rechtswidrig zu machen.

Bereits seit Jahren ist gegen diese Rechtsprechung Widerspruch erhoben worden[2]). Er wäre nach zwei Richtungen hin möglich gewesen, entweder gegen den Grundsatz, daß nur Rechtspflichten die Unterlassung rechtswidrig machen oder gegen die Auffassung, daß die Vorschriften über Treu und Glauben keine Rechts- sondern lediglich eine moralische oder sittliche Pflicht begründen.

Da man allgemein an dem ersten Grundsatz festhielt, waren die Angriffe gegen den zweiten gerichtet. Sie waren begründet.

Grundlage der sich aus dem bürgerlichen Recht ergebenen Rechtspflicht ist § 242 BGB. Nach dieser Vorschrift hat jeder Vertragsschuldner die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die Vorschrift spricht zwar nur von der Erfüllung des Vertrages. Es kann aber kein Zweifel sein, daß unter dem Treu- und Glaubensgrundsatz auch diejenigen Verhandlungen der Vertragsparteien stehen, die nicht unmittelbar der Erfüllung, sondern der Eingehung des Ver-

[1]) Ebermayer § 263, 2b; Frank § 263 II, 3; Olshausen § 263, 13 b.
[2]) Schorn, JW. 30, 3381; Wachinger 380ff.

trages dienen. Übereinstimmend nehmen Rechtsprechung[1]) und Wissenschaft[2]) dies an. Es wäre in der Tat lediglich ein Formalismus, wollte man sich eng an den Wortlaut des Gesetzestextes halten und diesen Grundsatz nur bei der Erfüllung zur Anwendung kommen lassen[3]). Sowohl Vertragsabschluß als auch Erfüllung sind ein einheitliches Geschäft. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb später eine größere Sorgfalt aufgewendet werden sollte, als bei Abschluß des Vertrages. Kommt es zum Vertrag, dann muß jeder Teil sich darauf verlassen können, daß seine Vertragsinteressen nicht gegen Treu und Glauben vom anderen Teil mißachtet werden.

Auch die Ansicht, § 242 BGB. könne überhaupt nicht zur Begründung von Pflichten dienen, weil darin nur etwas über die Auslegung bestehender Rechte und Pflichten bestimmt sei, Treu und Glauben also nicht begründende, sondern lediglich korrigierende Kraft haben könnten, ist unzutreffend[4]). Sowohl aus § 242 BGB., als auch aus § 157 BGB. läßt sich unzweifelhaft der Wille des Gesetzgebers erkennen, daß nicht nur für das, was der Vertragspartner tut, sondern auch dafür, ob er etwas tun muß, der Treu- und Glaubensgrundsatz entscheidend sein soll. Er kann deshalb auch ein Tun ge- oder verbieten[5]).

Trotz allem hatte das Reichsgericht immer an seiner alten Rechtsauffassung festgehalten[6]). Erst seit einigen Jahren setzte hier eine Umkehr ein. Mehr und mehr ging das Reichsgericht dazu über, aus Treu und Glauben eine Rechtspflicht herzuleiten.

Schon aus dem Jahre 1931 gibt es einige Entscheidungen, die zwar den neuen Grundsatz noch nicht ausdrücklich hervorheben, aber doch bereits den Wandel erkennen lassen, den die Rechtsprechung durchmachte[7]). Sie waren nur der Anfang. In der Folge-

---

[1]) Vgl. statt Vieler RGZ. 95, 60; 97, 327.

[2]) Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 457, 58, wo auch auf die Bedeutung dieser Frage für den Betrug verwiesen wird; derselbe Komm. § 123, B. 1 e. XI.; RGR. Komm. § 123, 3 und die dort zit. Entsch.; Oser 118; Zeller 267. v. Liszt bis zur 24. Aufl. § 139, II, 2; Zimmermann 59.

[3]) Ebenso v. Tuhr, Zeitschr. f. schweiz. Recht, n. F. Bd. 15, 278ff.; ders. Allgem. Teil des BGB. Bd. II, 1. S. 607ff. Wachinger, a. a. O. 379 gegen Ebermayer § 263, 2, b.

[4]) So May 106, 109f., 101; Hoffmann 48f.

[5]) Wie hier die gesamten Anm. 2 zit.

[6]) Vgl. noch RG. LZ. 29, Sp. 1227 insbes. JW. 33, 433, m. Anm. Geiler, der die Entschdg. heftig bekämpft.

[7]) Vgl. RG. 65, 106, u. RG. v. 20. 2. 31; I. 1129. 30; v. 13. 11. 31; I. 961/31, bei Wachinger a. a. O., Nr. 4, 5, 6.

zeit hat das Reichsgericht und mit ihm die gesamte höchstrichterliche Rechtsprechung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Ansicht der Zivilsenate anerkannt, daß auch bei Verletzung einer durch Treu und Glauben gebotenen Pflicht eine Strafbarkeit nach § 263 StGB. gegeben sein könne[1]).

In RG. 70, 151 heißt es hierzu unter Zusammenfassung der neuen Rechtsprechung: ...

»Unter Hinweis auf Schrifttum und Rechtsprechung (folgen Quellenangaben) hat sie (Strafkammer) dargelegt, daß die Verpflichtung zur Offenbarung eine rechtliche sein muß, daß eine bloße sittliche Pflicht nicht ohne weiteres genügt. An dieser Auffassung, die das Reichsgericht stets vertreten hat (folgen Quellenangaben), muß auch fernerhin festgehalten werden...«

und weiter:

»In teilweiser Abweichung von den in den früheren Entscheidungen ausgespr. Rechtsgrundsätzen hat das Reichsgericht aber in der letzten Zeit für die Anwendung des § 263 StGB. auch den Grundsätzen über Treu und Glauben Bedeutung eingeräumt und wiederholt ausgesprochen, daß sich aus ihnen eine Rechtspflicht zur Offenbarung ergeben kann. So ist eine solche Rechtspflicht dann anerkannt worden, wenn sie sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben aus einem vorherigen oder gleichzeitigen Tun oder aus einem besonderen Vertrauensverhältnis ergab, so daß das Schweigen als Unterdrückung der Wahrheit anzusehen war (folgen Quellenangaben). Auch die Rechtspr. der Zivilsenate des Reichsgerichts ist bei der Prüfung der Frage, ob jemand zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist, davon ausgegangen, daß keine allgemeine Offenbarungspflicht besteht (Quellenangabe), und daß eine arglistige Täuschung durch bloßes Schweigen eine Rechtspflicht zur Offenbarung voraussetzt (Quellenangabe). Sie hat aber eine Pflicht zur Offenbarung nicht nur dann anerkannt, wenn sie durch Gesetz oder Vertrag oder ein zwischen den Beteiligten bereits bestehendes Vertrauensverhältnis begründet war (folgen Quellenangaben),

[1]) Vgl. RG. 66, 56; 69, 283; 70, 45; Recht 36 Nr. 5587, OLG. Karlsruhe DJ. 36, 38 und die in RG. 70, 151 (155) aufgef. Rechtspr. Ferner Hartung, Betrug durch Schweigen nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts in DJ. 36, 330.

sondern sie hat in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß eine solche Rechtspflicht außer auf Gesetz oder Vertrag auch auf einer Verletzung der Grundsätze von Treu und Glauben beruhen, daß also ein bloßes Verschweigen, das diesen Grundsätzen widerspricht, den Tatbestand einer arglistigen Täuschung erfüllen kann.«

§ 5. Der Wandel der Rechtsprechung, seine Rechtfertigung und Kritik.

I. Der Wandel der Rechtsprechung hat sich vollzogen, ohne daß eine Begründung dafür gegeben worden ist, weshalb und in welcher Beziehung plötzlich die Jahre hindurch von Rechtsprechung in einer geradezu seltenen Übereinstimmung vertretene Auffassung nun eigentlich falsch sein soll. Noch heute geht das Reichsgericht, wie die genannten Entscheidungen erkennen lassen, von dem Grundsatz aus, daß moralische Pflichten die Rechtswidrigkeit der Unterlassung nicht begründen. Deshalb wurden in Anlehnung an die Rechtsprechung der Zivilsenate die aus Treu und Glauben sich ergebenden Pflichten zu Rechtspflichten erhoben. Es fragt sich, ob damit auch die Voraussetzungen gegeben sind, denjenigen, der gegen diese Pflicht verstoßen hat, wegen Betruges zu bestrafen.

Diese Frage ist grundsätzlicher Art. Sie taucht nicht nur beim Kreditbetrug durch Unterlassung auf, sondern überall dort, wo ein Erfolg mit einer Unterlassung in Zusammenhang steht, bei der das Handeln durch eine gesetzliche Vorschrift geboten war. Sie ist sehr oft bei Behandlung des unechten Unterlassungsdeliktes übersehen worden[1]), obgleich es sich um ein für die Strafbarkeit dieser Verbrechensart wichtiges, bisher nicht befriedigend gelöstes Problem handelt[2]). Ausführlicher gehen nur Mezger und Traeger darauf ein[3]). Sonst beschränkt man sich meist darauf festzustellen, daß nicht jede Unterlassung, die einem gesetzlichen Gebot zuwiderläuft und einen strafbaren Erfolg herbei-

---

[1]) v. Cleric 82 geht ganz darüber hinweg. Anscheinend will er, gleich Traeger (vgl. weiter unten im Text) eine Einschränkung in besondere und allgemeine Rechtspflichten machen.

[2]) Mezger 141.

[3]) Mezger a. a. O.; Traeger 72 ff.

führt, auch notwendig eine Strafbarkeit wegen der Verursachung dieses Erfolges begründet[1]).

Traeger[2]) stellt den Grundsatz auf, daß die Verantwortlichkeit für die Nichthinderung des Erfolges stets die Verletzung einer »speziellen« Rechtspflicht voraussetze. Ihm schließen sich ohne Begründung v. Cleric und Rümelin[3]) an. Traeger[4]) geht davon aus, daß der Grundsatz, alle Rechtspflichten, gleichgültig, welchem Rechtsgebiet sie angehörten, seien geeignet, die Herbeiführung des strafbaren Erfolges rechtswidrig zu machen, nicht richtig sein könne, weil die auf den verschiedensten Gründen beruhenden Rechtspflichten eine ganz verschiedene Bedeutung hätten. Er weist mit Recht darauf hin, daß bei Durchführung des Grundsatzes der strafrechtlichen Gleichwertigkeit aller Gebote auch derjenige wegen Mordes bestraft werden müßte, der gegen § 139 StGB. verstößt. Diese Folgerung wird nach Traegers Ansicht nicht etwa durch die Ausgestaltung des Gebotes aus § 139 StGB. zu einem echten Unterlassungsdelikt ausgeschlossen[5]), denn das bedeute nichts weiter, als daß die Strafbarkeit unabhängig von dem Eintritt des Erfolges schon wegen der Nichtbefolgung des Verbots eintrete. Damit sei über die Frage, ob der Täter auch wegen des Erfolgseintritts selbst zu bestrafen sei, noch nichts gesagt. Traeger beruft sich im Gegensatz zu § 139 StGB. auf § 22 Abs. II KFG. Nach dieser Vorschrift wird der Führer eines Kraftfahrzeuges, der eine bei einem Unfall verletzte Person vorsätzlich in hilfloser Lage verläßt, allein wegen dieser Unterlassung bestraft. Es kann kein Zweifel sein, daß der Fahrer außerdem wegen Tötung zu bestrafen ist, wenn der in hilfloser Lage Zurückgelassene erfriert. Traeger folgert daraus, daß der Grundsatz für die Ausschließung weiterer Verantwortlichkeit in etwas anderem als der bloßen Tatsache liegen müsse, daß die Unterlassung der gebotenen Handlung zu einem echten Unterlassungsdelikt ausgestaltet sei[6]). Er sieht den Grund darin, daß es sich im Falle des § 139 StGB.

---

[1]) Frank zu § 1, IV. 1, a. E; Rümelin 151 ff.; Löffler, Grünhuts Zeitschr. Bd. 20, 767 ff.

[2]) a. a. O., 72 ff.

[3]) v. Cleric 82; Rümelin 156.

[4]) a. a. O., 70 ff.

[5]) So z. B. von Hippel, Lehrbuch II, 166.

[6]) a. a. O., S. 75.

lediglich um eine allgemeine Beistandspflicht handele, bei der den Unterlassenden nichts mit dem Erfolg verbinde. Es entspreche dem allgemeinen Rechtsgefühl, daß überall dort, wo es sich ausschließlich um die Verletzung einer reinen Nothilfepflicht handele, stets nur die hierfür vom Gesetzgeber ausdrücklich festgesetzte geringe Strafe als verwirkt gelten könne, mag auch der Eintritt des schädlichen Erfolges voraussehbar gewesen sein[1]). So kommt Traeger zu dem Satz, daß eine Verantwortlichkeit für Nichthinderung des Erfolges eine spezielle Rechtspflicht voraussetze[2]).

Mag dieser Satz auch bei den von Traeger gegebenen Beispielen zu richtigen Ergebnissen führen, so bestehen doch gegen seine Allgemeingültigkeit erhebliche Bedenken. Zunächst bleibt die Frage offen, worin das »Spezielle« der Pflicht bestehen muß. Es ist nicht ersichtlich, ob es in der besonderen Beziehung des Täters zu dem durch Unterlassung herbeigeführten Erfolg liegt, oder ob »speziell« sich lediglich auf das Vorhandensein einer ausdrücklich für den Einzelfall aufgestellten Rechtspflicht bezieht. Ist jene erste Beziehung gemeint, dann ist es unverständlich, inwiefern § 139 StGB. nicht eine derartige spezielle Pflicht enthält. Gerade hier sind es doch die besonderen Beziehungen zur Sache, die dem Täter nach dem Sinn des Gesetzes das Handeln gebieten[3]). Ist aber die zweite Möglichkeit von Traeger gemeint, dann bleibt unerfindlich, wo in dem von ihm behandelten Fall Oppenhoff, Rechtspr. 12, 480, die spezielle Rechtspflicht zu suchen ist[4]). Hier hatte ein Hauseigentümer es unterlassen, einen offenen Brunnen zu verdecken, so daß ein spielendes Kind hineinfiel und ertrank. Traeger stimmt der Verurteilung sowohl aus § 367 Ziff. 12 StGB. als auch aus § 222 StGB. zu, weil es sich in diesem Falle nicht, wie in dem des § 360 Ziff. 10 StGB. um eine reine Nothilfepflicht handele, sondern um die spezielle Pflicht desjenigen, der einen Brunnen oder eine sonstige gefährliche Anlage an einem, für Menschen zugänglichen Ort habe. Diese Rechtspflicht der gehörigen Verwahrung sieht Traeger aber nun nicht in der Vorschrift des § 367 Ziff. 12 StGB., weil dieses sich nur als ein, den Gefahren möglichst vorbeugendes, komplementäres Polizeigebot darstellt. Die spezielle Pflicht zur Verwahrung derartiger Einrichtungen an einem für Menschen zugänglichen

1) a. a. O., S. 76.
2) a. a. O., S. 77.
3) So auch Mezger 142.
4) a. a. O., S. 76.

Ort soll vielmehr ganz unabhängig von der Vorschrift des § 367 Ziff. 12 StGB. bestehen. Nun findet sich aber ein ausdrücklicher Rechtssatz des Inhalts, daß derartige Einrichtungen zu verwahren sind, abgesehen vom § 367 Ziff. 12 StGB., nirgends. Auch Traeger nennt ihn nicht. Er kann also nur in Rechtsgrundsätzen enthalten sein, die außerhalb des geschriebenen Gesetzes liegen. Dann aber kann Spezialität der Rechtspflicht nicht bedeuten, gesetzlich fest umrissene Rechtspflicht, sondern nur spezielle Rechtspflicht wegen der besonderen Beziehung des Täters zum Erfolg. Bei einer derartigen Bedeutung der speziellen Pflicht bleibt aber wiederum der oben gezeigte Widerspruch zu § 139 StGB. bestehen, wo diese Beziehung gerade besteht.

Weitere Bedenken gegen die Traegersche Theorie vom Gegensatz zwischen allgemeiner Beistandspflicht und spezieller Rechtspflicht entstehen, wenn man die Unterscheidung allgemein für die Unterlassungsdelikte machen will. Eine Gegenüberstellung, wie Traeger sie macht, ist vielleicht dort möglich, wo es sich um Körperverletzungs- und Tötungsdelikte handelt, wie es auch bei allen den von Traeger gebrachten Beispielen der Fall ist. Die Problematik taucht jedoch nicht nur für diese Straftaten auf, sondern für fast alle Erfolgsdelikte, insbesondere auch für den Betrug. Hier aber paßt der Gegensatz, allgemeine Beistandspflicht spezielle Pflicht überhaupt nicht[1]). Nach alledem kann der von Traeger gemachten Unterscheidung nicht zugestimmt werden. Nicht die Spezialität der Pflicht, sondern ihr Inhalt muß entscheidend dafür sein, ob die Pflichtverletzung im Hinblick auf den eingetretenen Erfolg strafbar ist[2]).

Betrachtet man die aus den Gesetzen sich ergebenden Handlungspflichten im einzelnen, dann lassen sich zunächst zwei große Gruppen unterscheiden. Die erste umfaßt alle diejenigen Rechtsgebote, an deren Verletzung bereits eine, sei es strafrechtliche, sei es nichtstrafrechtliche, Sanktion geknüpft ist, während der zweiten alle diejenigen angehören, bei denen das Gesetz sich darauf beschränkt, das Gebot aufzustellen, ohne eine Rechtsfolge an die Zuwiderhandlung zu knüpfen.

---

[1]) Wenn Cleric 82 ihn daher auch für den Betrug übernimmt, so mußte er dartun, worin hier der Gegensatz allgemeine Beistandspflicht — spezielle Rechtspflicht besteht.

[2]) Mezger 142, Anm. 41 ebenso.

Bei der ersten Gruppe taucht zunächst in den Fällen, wo das Gesetz die Unterlassung als solche, ohne Rücksicht auf den eingetretenen Erfolg bestraft, die Frage auf, ob dadurch eine Bestrafung für den eingetretenen Erfolg ausgeschlossen wird. Das könnte damit begründet werden, daß der Gesetzgeber durch die Schaffung eines echten Unterlassungsdeliktes eine Spezialität der Rechtsfolge, d. h. eine Strafbarkeit nur wegen der Unterlassung als solcher zu erkennen geben wollte.

Es fragt sich jedoch, ob diese Begründung zutreffend ist. Betrachtet man, wie Mezger, lediglich die Fälle der §§ 139 und 360 Ziff. 10 StGB.[1]), dann scheint dies der Fall zu sein. Nimmt man jedoch andere Beispiele hinzu, dann ergibt sich bald, daß der Grund für den Ausschluß der Haftbarkeit für den eingetretenen Erfolg ein anderer sein muß, als die formale Tatsache, daß das Delikt zu einem echten Unterlassungsverbrechen ausgestaltet ist. Der Fall eines unzweifelhaft „vertatbestandlichten" Unterlassungsdeliktes[2]) ist z. B. die Vorschrift des § 367 Ziff. 11 StGB.; danach wird derjenige bestraft, der »in Ansehung wilder Tiere die erforderlichen Vorsichtsmaßregeln zur Verhütung von Beschädigungen unterläßt«. Demgegenüber ist die Unterlassung nicht vertatbestandlicht, sondern die Verantwortlichkeit in dem Tatbestandstyp selbst unmittelbar zum Ausdruck gebracht im ersten Teil der genannten Vorschrift, ebenso beispielsweise auch in den Ziff. 12, 13 des § 367 StGB. Wird nun durch die Unterlassung vorsätzlich oder fahrlässig die Verletzung eines Menschen bewirkt, dann kann nicht zweifelhaft sein, daß in allen Fällen die Bestrafung wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Körperverletzung gleichmäßig behandelt werden muß. Folgte man dagegen der Unterscheidung Mezgers, dann müßte der Fall anders entschieden werden, wo die Unterlassung zu einem echten Unterlassungsdelikt ausgestaltet ist, also in dem oben zuerst genannten Falle. Die Unterscheidung Mezgers in solche Gebote, die als reines Unterlassungsdelikt aufgebaut sind und solche, wo die Pflicht zur Abwendung des Erfolges in den Tatbestandstypen unmittelbar zum Ausdruck kommt, kann daher für die Frage der Strafbarkeit für den eingetretenen Erfolg nicht entscheidend sein.

Da nun aber unzweifelhaft der Gedanke der §§ 139 und 330c StGB. dahin geht, den eingetretenen Erfolg straflos zu lassen, muß

---

[1]) Jetzt § 330c StGB.
[2]) Mezger a. a. O.

nach einem anderen Unterscheidungsmerkmal gesucht werden. Ist die Form, in die das Delikt gekleidet ist, wie oben gezeigt, nicht maßgeblich, dann kann nur der Inhalt der Norm entscheidend sein.

Untersucht man daraufhin die oben genannten Beispiele, dann zeigt sich, daß ihnen allen etwas gemeinsam ist. Sowohl im § 139 StGB. als auch im § 330c StGB. wird eine Handlung geboten, ohne Rücksicht darauf, ob ein bestimmter Erfolg eingetreten ist[1]). Unmittelbarer Sinn des Gebotes kann es daher nicht sein, den Erfolg zu verhindern, sondern eine vorhandene Gefährdungslage zu beseitigen oder doch nicht in eine Verletzung übergehen zu lassen. Auch die sich aus dem Gebot ergebende Handlungspflicht kann nun aber nicht über das hinausgehen, um dessenwillen sie geschaffen ist. Ist der Sinn des Tatbestandes demnach Verhinderung der Gefährdungslage, kann der Inhalt des Gebots nicht die Verhinderung der Verletzung sein, die sich aus der Gefährdungslage entwickelt hat. Nur dann kann die Unterlassung, die zu einem Erfoge geführt hat, strafbar wegen des Erfolges sein, wenn das Gebot die Verhinderung gerade dieses Erfolges will. Dieses Ergebnis stimmt mit der Bestrafung des positiven Tuns überein. Auch hier ist verboten ein Verhalten, welches eine Verletzung herbeiführt, d. h. grundsätzlich tatbestandsmäßig ist. Nicht verboten ist dagegen die Gefährdung des geschützten Gutes, es sei denn, daß die Gefährdung um ihrer selbst willen bereits selbständig unter Strafe gestellt ist[2]). Wo eine solche Gefährdungshandlung aber verboten ist, ist die den Tatbestand des Gefährdungsdelikts erfüllende Handlung in bezug auf den Erfolg, den die Gefährdung verhindern will, gleichgültig, weil in bezug auf diesen nur die Verletzungshandlung oder ein Anfang ihrer Ausführung verboten ist, mit anderen Worten: die aus der tatbestandsmäßigen Verletzung des Gefährdungsdeliktes sich ergebende Rechtswidrigkeit begründet nicht die Rechtswidrigkeit des Verletzungsdelikts, soweit nicht dieses selbst wieder die Handlung verbietet und sie damit zu einer im Sinne des Verletzungsdeliktes tatbestandsmäßigen und damit rechtswidrigen macht.

Ist aber beim positiven Tun nur das die Verletzung herbeiführende Tun verboten und das die Gefährdung verbietende Handeln grundsätzlich für die Verletzung gleichgültig, so muß ent-

[1]) Mezger 141.

[2]) z. B. Versuch und alle Gefährdungstatbestände.

sprechend dieser Grundsatz auch für das gebotene Verhalten gelten. Auch hier kann eine Verletzung also nur dann strafbar sein, wenn das Handeln geboten ist, um den Erfolg zu verhindern. Daraus ergibt sich: ein Gebot genügt nur dann zur Begründung der Rechtswidrigkeit eines Deliktes, wenn es gerade dazu da ist, den Erfolg zu verhindern oder dasjenige Rechtsgut zu schützen, dessen Verletzung durch den strafrechtlichen Tatbestand verhindert werden soll. Von diesem Gesichtspunkt aus gesehen ist die Frage sowohl bei den Geboten zu lösen, die bereits mit einer strafrechtlichen Sanktion versehen sind, als auch bei denjenigen, wo dies nicht der Fall ist.

II. Auch die aus Treu und Glauben sich ergebende Rechtspflicht ist unter diesem Gesichtspunkt einer Untersuchung zu unterziehen.

Oft wird geltend gemacht, eine derartige Pflicht sei zu unbestimmt, um zur Grundlage einer strafrechtlichen Entscheidung gemacht zu werden. Dabei wird das Erfordernis der Bestimmtheit in verschiedenem Sinne verstanden. Wer der oben erwähnten Theorie Traegers folgt, nach der nur eine spezielle Pflicht die Rechtswidrigkeit der Unterlassung begründet, versteht unter fehlender Bestimmtheit, daß die Rechtspflicht aus Treu und Glauben keine »spezielle« sei und ihr deshalb die Eignung zur Begründung eines strafrechtlich erheblichen Erfolges fehle. Die Unrichtigkeit dieser Begründung ergibt sich aus der Unrichtigkeit der Traegerschen Unterscheidung in allgemeine und spezielle Pflichten überhaupt. Wer mit der hier vertretenen Ansicht der Auffassung ist, daß die Frage, ob ein Gebot das Unterlassen rechtswidrig im Sinne eines strafrechtlichen Erfolges mache, nicht davon abhängig sein kann, ob das Gebot einer allgemeinen oder speziellen Pflicht entspringt, kann es auch bei der Rechtspflicht, die sich aus Treu und Glauben ergibt, nicht darauf abstellen.

Auch der Auffassung derjenigen kann nicht gefolgt werden, die den Mangel der Bestimmtheit der aus Treu und Glauben sich ergebenden Rechtspflicht nicht auf ihre gesetzliche Spezialität, sondern auf die mangelnde Bestimmtheit im Sinne einer Bestimmbarkeit beziehen. So lehnt insbesondere Kugelmann[1]) eine Anwendung der Rechtspflicht aus Treu und Glauben deshalb ab, weil »der Begriff zu dehnbar sei, um mit der engen Umgrenzung

[1]) a. a. O. 65.

strafrechtlicher Tatbestände in Einklang gestellt zu werden«. Diese Begründung ist nicht durchschlagend. Auch sonst enthält das Strafgesetzbuch dehnbare Begriffe, deren Auslegung dem Richter überlassen ist. Zutreffend weist Wachinger[1]) darauf hin, daß der Strafrichter, der nach den Grundsätzen von Treu und Glauben seine Entscheidung zu fällen habe, nicht anders dastehe, als wenn er darüber entscheiden müsse, ob im Gebiete der Sittlichkeitsverbrechen etwas unzüchtig oder unsittlich sei, ob Vermögensvorteile in einem »auffälligen Mißverhältnis[2]) ständen usw. Auch in diesen Fällen ist der Richter genötigt, die in der allgemeinen Auffassung oder im Handels- und Wirtschaftsverkehr geltenden Grundsätze heranzuziehen und zu entscheiden, ob eine Handlung diesen Grundsätzen widerspricht. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dies für den Betrugstatbestand nicht gelten sollte. Der § 263 StGB. ist dazu da, einen ordnungsmäßigen Wirtschaftsverkehr zu gewährleisten und Vermögensschädigungen zu verhindern, die einem derartigen ordentlichen Wirtschaftsverkehr widersprechen. Gerade wenn man es hier auf die Grundsätze von Treu und Glauben abstellt, wird eine rein formalistische Rechtsprechung vermieden und der Zusammenhang mit der Volksauffassung gewahrt werden. Denn einerseits gestattet die Rücksichtnahme auf die auch bei Auslegung der Treu- und Glaubensgrundsätze zu berücksichtigende Verkehrssitte die Möglichkeit, Handlungen und Unterlassungen, die vielleicht mit Moral und Sittlichkeit nicht übereinstimmen, im anständigen Wirtschaftsverkehr aber durchaus üblich sind, straflos zu lassen, während andererseits dem Richter eine Handhabe gegeben wird, auch nach § 263 StGB. zu bestrafen, wo diese Voraussetzungen nicht vorhanden sind. Allerdings bleibt es im einzelnen Falle dem Richter überlassen zu entscheiden, wo Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ein Handeln gebieten, aber diese Entscheidung hat der Richter in ähnlichen Fällen, wie oben gezeigt, auch sonst vorzunehmen. Die — wie zugegeben werden muß — vorhandene Unbestimmtheit der aus Treu und Glauben sich ergebenden Rechtspflicht steht daher ihrer Eignung, auch strafrechtlich die Rechtswidrigkeit der Unterlassung zu begründen, nicht entgegen.

Entscheidend kann auch hier nur die Frage sein, ob das Gebot dasselbe Rechtsgut schützt, welches der in Betracht kommende Straftatbestand des § 263 StGB. unter Strafe stellt. Auf den hier

[1]) a. a. O., 382.
[2]) § 302a StGB.

in Betracht kommenden Fall muß die Frage daher lauten: Schützt die sich aus Treu und Glauben ergebende Rechtspflicht das Vermögen?

Dazu ist eine Besinnung auf das Herkommen der Vorschrift notwendig, die das Gebot enthält. Es ist oben dargelegt worden, daß die aus Treu und Glauben sich ergebende Rechtspflicht ihre gesetzliche Grundlage im § 242 BGB. hat, d. h. im Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Würde nun Schuldrecht zugleich Vermögensrecht sein, dann könnte kein Zweifel sein, daß es sich auch bei der Vorschrift des § 242 BGB. um eine lediglich zum Schutz des Vermögens der am Vertrage beteiligten Parteien gegebene Bestimmung handelt. Ob aber jedes schuldrechtliche Verhältnis eine vermögenswerte Leistung zum Gegenstand haben müsse und die allgemeinen Lehren des Schuldrechts daher dem Schutze des Vermögens dienen sollen, erscheint sehr fraglich. Die wohl herrschende Meinung nimmt an, daß die schuldrechtliche Leistung keinen Vermögenswert zum Gegenstand zu haben brauche, sondern daß jede Leistung, ganz gleich welcher Art, Inhalt eines Schuldverhältnisses sein könne[1]). Aber dieser Streit kann hier unerörtert bleiben, denn soweit die Anwendung der Vorschrift des § 242 BGB. bei einem Vertrage in Frage steht, der einen vermögensrechtlichen Inhalt hat, kann kein Zweifel sein, daß die Vorschriften der §§ 241 ff. BGB. dazu da sind, die Vermögensinteressen der Vertragsbeteiligten zu schützen. Schuldrecht ist in diesen Fällen Vermögensrecht und die schuldrechtlichen Bestimmungen sind dazu da, einen gerechten Vermögensausgleich der Parteien dadurch zu schaffen, daß Rechte und Pflichten im einzelnen genau festgelegt werden. So kann insbesondere kein Zweifel daran sein, daß die Anwendung der Vorschrift des § 242 BGB. beim Kreditgeschäft einen rein vermögensrechtlichen Inhalt hat. Gebieten hier Treu und Glauben ein Handeln, dann nur zum Schutze des Vermögens der einen oder anderen Partei.

Ist aber der Zweck des Gebotes aus § 242 BGB., fremdes Vermögen zu schützen, so braucht nur noch festgestellt zu werden, ob der Inhalt des § 263 StGB. der Schutz desselben Rechtsgutes ist. Die Bejahung dieser Frage bedarf keiner weiteren Begründung. Sie ergibt sich aus dem Tatbestand des § 263 StGB. selbst, der ausdrücklich zum vollendeten Delikt die Beschädigung des Vermögens verlangt[2]).

---

[1]) Vgl. statt Vieler, Staudinger Bd. II, 1, Einleit. I, 8 und die dort a. E. zit.

[2]) Vgl. Ebermayer, Vorbem. zu § 263; Frank § 263, I.

Damit ist aber die Frage, ob die aus Treu und Glauben sich ergebende Rechtspflicht geeignet ist, eine im Sinne des § 263 StGB. tatbestandsmäßige zu einer Vermögensschädigung führende Unterlassung rechtswidrig zu machen, bejaht[1]). Da der Inhalt des aus § 242 BGB. sich ergebenden Gebots beim Kreditgeschäft der Schutz des Vermögens ist, dasselbe Rechtsgut aber durch § 263 StGB. geschützt wird, ist jene oben für erforderlich gehaltene Beziehung zwischen Gebot und eingetretenem Erfolg vorhanden[2]). Daraus folgt zugleich die Richtigkeit des jetzt vom Reichsgericht anerkannten Grundsatzes. Treu und Glauben begründen eine Rechtspflicht, deren Verletzung nach § 263 StGB. strafbar machen kann.

III. Die Rechtsprechung bedarf jedoch noch einer kritischen Betrachtung von einer anderen Seite her. Oben war gezeigt worden, daß das Reichsgericht in den neuen Entscheidungen zwar Treu und Glauben als Rechtspflicht anerkennt, daß es aber an dem Grundsatze festhält, nur die Zuwiderhandlung gegen rechtliche, nicht etwa auch gegen sittliche und moralische Pflichten könne die Unterlassung rechtswidrig machen.

Dieser Grundsatz entspricht der bisher fast einhelligen, seit langer Zeit vertretenen Auffassung sowohl der Rechtsprechung als auch der Wissenschaft. Schon Feuerbach hatte eingehend dargelegt, daß scharf zwischen moralischen, sittlichen auf der einen, und rechtlichen Pflichten auf der anderen Seite zu scheiden sei[3]). Man hat von Einzelmeinungen abgesehen[4]), an dem Grundsatz bis in die neueste Zeit hinein festgehalten. Sowohl die Rechtspre-

[1]) Ebenso im Ergebnis schon v. Liszt, a. a. O. und das RG. in den neueren oben S. 24 Anm. 1 zitierten Entsch., allerdings ohne auf die Frage besonders einzugehen.

Wie hier auch ständig das Preuß. Obertribunal, vgl. Oppenh. R. 9, 77; 10, 478; 14, 679; 16, 58.

[2]) Auch Grünhut JW. 32, 1744f. ist der Ansicht, daß dort, wo das Gesetz eine rechtliche Aufklärungspflicht auferlegt und ihre Verletzung mit Strafe bedroht, unterschieden werden muß, ob durch jene zugleich eine Pflicht zur Abwendung eines durch das Schweigen eingetretenen Vermögensschadens auferlegt ist oder, ob die Unterlassung der gebotenen Aufklärung um ihres generell gefährlichen Charakters willen als Spezialdelikt unter Ausschluß strafrechtlicher Erfolgshaftung unter Strafe gestellt ist. Nur im zweiten Fall komme eine Bestrafung wegen Betruges in Frage. Aber Grünhut führt diesen Grundsatz nicht für die Rechtspflicht aus Treu und Glauben durch, weil § 242 BGB. eine obligatorische Bindung voraussetze, nicht begründe.

[3]) Lehrbuch des allgemein peinlichen Rechts, § 24; 14. Ausgabe S. 50.

[4]) Redslob, Strafr. Abhandlg. Heft 149.

chung des Preußischen Obertribunals und des Reichsgerichts als auch die gesamte Wissenschaft gingen bei der Beurteilung des Unterlassungsdelikts von diesem Grundsatz aus[1]).

Die Umwälzung unseres geistigen und rechtlichen Denkens in den letzten Jahren fordert jedoch auch bei dieser Frage eine Nachprüfung dahin, ob die bisher vertretene Meinung mit unserem neuen Denken übereinstimmt.

Bald nach dem Umbruch durch die nationalsozialistische Revolution hatte die Denkschrift des Preußischen Justizministers »Nationalsozialistisches Strafrecht« gefordert, daß die Unterlassung auch dann strafbar sein müsse, wenn einer sittlichen Pflicht zuwider die Erfolgsabwendung unterlassen sei und die gesunde Volksanschauung ein Tätigwerden verlange[2]).

Hier ist zwar das erstemal für das unechte Unterlassungsdelikt offen der Bruch mit der Lehre der Teilbarkeit rechtlicher und moralischer, sittlicher Pflichten erklärt worden. Dennoch beginnt dieser Wandel der Anschauungen bereits früher[3]). Er hängt, worauf zutreffend hingewiesen ist[4]), zusammen mit dem Übergang von einer formellen zur materiellen Bestimmung der Rechtswidrigkeit überhaupt und damit auch der Rechtswidrigkeit des unechten Unterlassungsdelikts. Bereits seit langem war man gerade bei diesem über jenen Satz, Rechtspflicht sei nur eine vom Gesetz oder durch Vertrag aufgestellte Pflicht, hinausgegangen, da man eine Rechtspflicht anerkannte, die aus vorangegangenem Tun hergeleitet wurde. Man mag darin, wie heute meist geschieht, eine Rechtspflicht sehen, die auf Gewohnheitsrecht beruht[5]). Aber auch diese Rechtsprechung hat einmal begonnen, und zur Zeit des Beginns war eine Berufung auf Gewohnheitsrecht nicht möglich. Dennoch wurde allgemein eine Rechtspflicht angenommen, weil die Rechtsüberzeugung ein Tätigwerden und eine Bestrafung des Unterlassenden wegen seiner Untätigkeit forderte.

Unserer heutigen Auffassung entspricht es, jene Trennung

---

1) Pr. OT. GoltdArch. 7, 551; RG. 10, 101; 22, 333; 24, 340; 38, 125; 39, 397; 40, 166; 46, 343. A. A. nur RG. 30, 125. Aus der Literatur: Frank, S. 16; Liszt-Schmidt 138; Merkel, Abhdlg. I, 588; Landsberg, 227; Sturm, 13ff.; Traeger, 66, 72.

2) S. 132.

3) Vgl. Sauer, Festgabe für Frank, Bd. 1, 223; Maurach, Volksethik und Strafrecht, 27; Schaffstein DJ. 36, 767.

4) Vgl. Schaffstein a. a. O.

5) Frank § 1, IV, 2; Traeger 104.

beider Pflichtenkreise allgemein beim Unterlassungsdelikt aufzugeben. Jede der völkischen Sittenordnung entspringende Pflicht ist Rechtspflicht[1]). Alle Gebote, die sich aus dem Zusammenleben der einzelnen in der Volksgemeinschaft ergeben, sind rechtliche Gebote, weil das Recht das gebietet, was dem Wohle der Volksgemeinschaft dient. Es macht für unsere Frage praktisch zwar keinen Unterschied, ob man sagt, alle sittlichen Gebote seien zugleich Rechtsgebote, oder, die sittliche Pflicht werde zur Rechtspflicht, wo die gesunde Volksanschauung bei sittlichen Geboten ein Tätigwerden verlange[2]). Theoretisch jedoch ist diese Begründung anfechtbar. Der Kernpunkt der Strafbarkeit des Unterlassungsvergehens liegt nicht darin, ob eine rechtliche oder sittliche Pflicht verletzt ist, sondern, ob bei Verstoß gegen eine Pflicht, gleichgültig welcher Art, die gesunde Volksanschauung die Bestrafung des Täters wegen des eingetretenen Erfolges verlangt.

Damit ist zugleich die Grenze angedeutet, die gezogen werden muß, wenn die Unterscheidung zwischen rechtlichen und sittlichen Pflichten in Wegfall kommt, denn es kann kein Zweifel sein, daß nicht bei jeder Pflichtverletzung, die in Zusammenhang mit einem strafbaren Erfolg steht, auch eine Bestrafung wegen dieses Erfolges eintreten muß. Genau so, wie nicht jede Verletzung einer gesetzlich aufgestellten Pflicht, wie oben gezeigt, genügt, um den Täter wegen aller mit der Unterlassung zusammenhängender Erfolge als Täter zu bestrafen, genau so wenig genügt dies, wenn nicht eine ausdrücklich vom Gesetz bestimmte, sondern in der völkischen Sittenordnung beruhende Pflicht verletzt ist. Auch hier muß zwischen Pflichtverletzung und eingetretenem Erfolg eine bestimmte Beziehung vorhanden sein. Der Entwurf des kommenden Strafgesetzbuches, der ebenfalls einen Unterschied in der Art der Pflicht nicht kennt, bestimmt daher, daß »der Unterlassende als Täter oder Teilnehmer verantwortlich erscheinen muß«[3]). Nur dann soll Bestrafung wegen des Erfolges eintreten, wenn der Unterlassende also als Täter gerade jenes Erfolges erscheint.

Es fragt sich, wann diese Voraussetzung gegeben ist. Diese Frage ist allgemein nicht zu beantworten, sie muß von Fall zu Fall ent-

---

[1]) Schaffstein a. a. O.

[2]) Kohlrausch in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 8, 742; RG. 70, 321.

[3]) Vgl. Schaffstein a. a. O., 769.

schieden werden. Ein Strafrecht, das in den Vordergrund die Bestrafung der verbrecherischen Gesinnung stellt, wird auch bei Verletzung bestehender Gebote in erster Linie auf den Willen des Täters sehen und fragen, ob er subjektiv durch das Zuwiderhandeln gegen das Gebot gerade den eingetretenen Erfolg als Täter wollte. Aber darüber hinaus wird es auch hier auf den Inhalt des Gebotes, auf die Beziehung zwischen Pflicht und eingetretenem Erfolg ankommen. Eine Pflicht, die nur die Gefährdungslagen verhindern und verbieten will, genügt auch hier nicht, um eine Handlungspflicht zur Abwendung des Erfolges zu erzeugen. Auch vom Standpunkt des neuen Rechts aus wird man fordern müssen, daß die Bestrafung einer Zuwiderhandlung gegen ein Gebot nur dann erfolgen kann, wenn jenes Gebot dazu da ist, den eingetretenen, unter Strafe gestellten Erfolg zu verhindern. Nur in diesem Falle erscheint jemand, der gegen das Verbot verstößt, im Sinne jenes Erfolgs als Täter.

Es bestehen keine Bedenken dagegen anzunehmen, daß diese Voraussetzungen gegeben sind, soweit es sich um die Beziehung zwischen den im Gebiete des vermögensrechtlichen Rechtsverkehrs geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben einerseits und dem Tatbestand des § 263 StGB. andererseits, handelt. Wer gegen diese Grundsätze verstößt, kann in bestimmten Fällen als Betrüger erscheinen.

Daraus folgt, daß es für den Fall des Kreditbetruges nicht darauf ankommt, ob man, wie das Reichsgericht[1]) weiter daran festhält, daß zur Rechtswidrigkeit der Unterlassung ein Verstoß gegen eine Rechtspflicht gehöre, und Treu und Glauben dann den Charakter einer Rechtspflicht zuerkennt, oder ob man jede Pflicht — damit auch die aus Treu und Glauben — zur Begründung der Rechtswidrigkeit der Unterlassung genügen läßt und es darauf abstellt, ob im einzelnen Fall der der Pflicht zuwider Handelnde als Betrüger erscheint. Denn hier wie dort ist die entscheidende Frage, wann Treu und Glauben eine Pflicht zur Mitteilung begründen.

§ 6. Die Aufklärungspflicht beim Vertragsschluß im allgemeinen.

I. Die Frage, welche, bzw. ob überhaupt gewisse Umstände nach Treu und Glauben bei Vertragsschluß mitgeteilt werden müssen, ist von jeher streitig gewesen. Sie ist sowohl in der straf-

[1]) Vgl. oben S. 34.

rechtlichen wie in der zivilrechtlichen Literatur untersucht worden. Für die strafrechtlichen Schriftsteller taucht sie bei der Behandlung des Betruges auf, während sie von den zivilistischen Schriftstellern meist bei den Vorschriften über die Anfechtung des Vertrages besprochen wird.

In der älteren strafrechtlichen Literatur kann man zwei verschiedene Ansichten unterscheiden. Zuweilen wird eine Rechtspflicht zur Offenbarung bei Verträgen schlechthin angenommen[1]). Andere beschränken sie auf die Beschaffenheit des Vertragsobjekts selbst, erstrecken sie dagegen nicht auf die Motive, die zum Vertragsabschluß geführt haben[2]). Auch die Frage, inwieweit ein Verschweigen im Handel und Verkehr einen Betrug begründet, wird zuweilen erörtert[3]). So weisen insbesondere Klien und im Anschluß an ihn Henke[4]) zutreffend darauf hin, daß der Verkehr das Verheimlichen gewisser Umstände durchaus gestatte, weil das nicht mitgeteilt zu werden brauche, was jedem in die Augen falle. Im übrigen wird auch hier die Aufklärungspflicht auf Mängel des Leistungsgegenstandes beschränkt, das bloße Verschweigen solcher Umstände, die nicht auf die fehlerhafte Beschaffenheit des Kontraktgegenstandes Bezug haben, wird als zur erlaubten kaufmännischen Spekulation gehörig angesehen[5]).

Auch die strafrechtliche Judikatur, insbesondere das Preußische Obertribunal[6]) hat sich mit der Frage befaßt. Allerdingt läßt sich nicht erkennen, nach welchem Gesichtspunkte die Abgrenzung erfolgte. Nur wenige der in Betracht kommenden Entscheidungen sind veröffentlicht, und diese beschränken sich darauf, grundsätzlich anzuerkennen, daß Treu und Glauben im Rechtsverkehr eine Mitteilungspflicht begründen können.

Auch aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Straf-

---

[1]) So Bauer § 269: »I . . . II. Ein positives Recht, die Wahrheit zu fordern, entspringt nur aus besonderen Rechtsverhältnissen, welche zur Wahrhaftigkeit verpflichten, und zwar A) . . . B) Auch aus besonderen Privatverhältnissen kann ein Anspruch auf Wahrhaftigkeit entspringen. Es gehört hierher im allgemeinen das gegenseitige Verhältnis vertragschließender Teile, insofern hier die Gesetze an die Verletzung der Wahrheit rechtliche Folgen knüpfen.«

[2]) Klien 156; Wächter II, 99; Heffter § 382.

[3]) Henke 9ff., Klien, 156ff.

[4]) Henke a. a. O., Bem. 3 oben.

[5]) Henke 20.

[6]) Vgl. PrOT. bei Oppenh. R. 9, 77; 10, 478; 14, 679.

sachen ließ sich bis vor kurzem für unsere Frage nichts entnehmen [1]). Der Grund liegt auf der Hand. Eine Kasuistik darüber, was Treu und Glauben bzw. die allgemeine Redlichkeit im Verkehr erfordern, konnte nicht entstehen, weil Rechtsprechung und Wissenschaft sich aus Treu und Glauben ergebende Pflichten nicht als Rechtspflichten ansahen und damit die Möglichkeit eines Betruges durch Unterlassung von vornherein verneinten.

Im Gegensatz hierzu ist die Frage von den Zivilsenaten des Reichsgerichts ebenso, wie von der gesamten zivilistischen Wissenschaft vielfach behandelt worden. Hierbei ergaben sich zwei Grundsätze.

Alle Entscheidungen sowohl wie die gesamte wissenschaftliche Lehre gehen zunächst davon aus, daß die Frage nicht allgemein, sondern nur speziell für den einzelnen Fall ergehen könne.

Übereinstimmung herrscht weiter darüber, daß Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte keine allgemeine Offenbarungspflicht auferlegen, daß es vielmehr Fälle gibt, in denen das Verschweigen bestimmter mit dem Vertrage zusammenhängender Umstände nicht unredlich ist [2]). Über diese Grundsätze hinaus lassen Entscheidungen und Literatur auch für das Gebiet des bürgerlichen Rechts jegliche Einheitlichkeit vermissen.

Im allgemeinen lassen sich zwei Gruppen von Ansichten unterscheiden. Die eine Gruppe stellt es darauf ab, ob die mitzuteilenden Tatsachen für den Entschluß des Vertragsgegners bei Abschluß des Vertrages erheblich sind. Sie scheidet also die dem Vertragsabschluß zugrunde liegenden Umstände objektiv in solche, die für die Entschließung des Gegners von Bedeutung sind und solche, bei denen diese Voraussetzung fehlt. Die Entscheidung darüber, ob das eine oder andere vorliegt, wird objektiv nach dem Inhalt des Geschäftes getroffen, insbesondere nach den typischen Zwecken, die mit dem Geschäft verfolgt werden [3]). So ist nach dieser Ansicht das Verschweigen rechtswidrig, wenn Gegenstände zu einem bestimmten Zwecke gekauft werden, der Käufer aber einen

---

[1]) Auf die neuesten Entscheidungen wird weiter unten eingegangen werden.

[2]) Vgl. statt Vieler RGZ. 62, 150; JW. 12, 342; JW. 11, 575; JW. 32, 2522 sowie die sonstigen weiter unten angeführten Entscheidungen.

[3]) Staudinger zu § 123, IV; RGZ. 95, 60: »Auch bei Vertragsschluß dürfen nicht solche Umstände verschwiegen werden, von denen die Partei sich sagen mußte oder wußte, daß sie für die Willensentschließung von erheblicher Bedeutung wären. Vgl. auch RG. JW. 04, 113.

anderen Gebrauch von ihnen macht[1]). Ebenso soll es Treu und Glauben widersprechen, wenn allgemein für erheblich gehaltene Umstände nicht mitgeteilt werden, insbesondere solche, die für die Wertschätzung des Kaufgegenstandes von Erheblichkeit sind[2]). Wer Kuxe eines Bergwerkes verkauft, das, wie er weiß, soeben von einem Bergsturz heimgesucht ist, müsse dies mitteilen[3]), und wer einen Fabrikbetrieb beleihen läßt, müsse angeben, daß seine Einstellung unmittelbar bevorstehe[4]). Allerdings wird eine Einschränkung gemacht. Nur solche erheblichen Umstände brauchen mitgeteilt zu werden, deren Vorhanden- bzw. Nichtvorhandensein nicht schlechthin vom Gegner selbst festgestellt werden kann. Ganz allgemein wird der Grundsatz aufgestellt, daß jeder Vertragskontrahent sich selbst, soweit als möglich, seinen Vertragsgegner bzw. den zu leistenden Gegenstand ansehen müsse. Grundsätzlich sei es z. B. nach allgemeiner Verkehrssitte dem Käufer zu überlassen, sich die Kaufsache selbst anzusehen, so daß er sich nicht darauf berufen könne, betrogen worden zu sein, wenn der Vertragsgegenstand nicht der Vereinbarung entspreche, dies aber bei genauem Hinsehen erkennbar gewesen sei[5]).

Im Gegensatz zu den erheblichen Tatsachen stellt diese Meinung die sogenannten spekulativen Tatsachen, d. h. solche, die nicht den Wert oder die Tauglichkeit des Gegenstandes selbst, sondern die Umstände betreffen, die die Vertragsparteien zum Abschluß des Vertrages bestimmt haben, insbesondere Absichten, Ziele und sonstige Beweggründe. Diese brauchten dem Gegner nicht mitgeteilt zu werden, da sie nur dann für den Gegner erheblich seien, wenn sie ausdrücklich zum Inhalt des Vertrages gemacht wären[6]).

Eine andere Ansicht bemißt die Frage, welche Aufklärungspflicht Treu und Glauben gebieten, nicht objektiv nach den für das in Betracht kommende Rechtsgeschäft erheblichen und unerheblichen Tatsachen, sondern stellt es darauf ab, was der Geschäftsgegner unter den gegebenen Umständen erwarten konnte, mitge-

[1]) RG. Warn. 11, 360.
[2]) RG. RGZ. 111, 234; RGZ. 123, 2.
[3]) RG. JW. 04, 167; vgl. auch RGZ. 85, 293.
[4]) RG. Gruchot 51, 885.
[5]) Vgl. RGZ. 69, 15; Planck 123, I, 5; Oertmann R. u. V. 456; vgl. insbes. auch RG. JW. 14, 138.
[6]) RG. Warn. 11, 360.

teilt zu erhalten. So sagt insbesondere Oertmann [1]): »Mitgeteilt muß nach Treu und Glauben das werden, was nach den gegebenen Umständen erwartet werden konnte«. Auch das Reichsgericht schließt sich in einzelnen Entscheidungen diesem Standpunkt an [2]).

Sachlich bedeutet diese Meinung gegenüber der oben genannten keinen Unterschied. Erwarten kann der Vertragsgegner auch nur die Mitteilung erheblicher Umstände. Insbesondere kann er nicht erwarten, daß ihm solche Tatsachen mitgeteilt werden, die er selbst durch Besichtigung des Leistungsgegenstandes feststellen kann. Ebensowenig kann er nach der Verkehrsauffassung annehmen, über die sogenannten spekulativen Momente aufgeklärt zu werden. Alles das, was dort für die Erheblichkeit maßgebend ist, entscheidet hier darüber, ob der Gegner eine Mitteilung erwarten durfte oder nicht. So führen beide Gesichtspunkte zu dem gleichen Ergebnis.

Gleichgültig, nach welchem von beiden man aber die Frage eines Verstoßes gegen Treu und Glauben beantwortet, immer wird für erforderlich gehalten, der Treu und Glauben zuwider Handelnde müsse erkannt haben, daß es sich um einen für den Geschäftsgegner erheblichen Umstand gehandelt habe, bzw. daß der Gegner die Mitteilung der zurückgehaltenen Tatsache habe erwarten können [3]). So heißt es bald, daß das Verschweigen dann gegen Treu und Glauben verstoße, wenn der andere wisse, daß der verschwiegene Umstand für die Entscheidung erheblich sei [4]), bald, daß das Verschweigen dann eine Verletzung von Treu und Glauben darstelle, wenn zwar nicht gesagt werde, was unter den gegebenen Umständen erwartet, dies aber aus einem früheren Brief erkannt werden könne [5]).

Alle diese Grundsätze gelten jedoch nur für das normale Geschäft. In Sonderfällen kann sowohl eine Herabminderung als auch eine Verschärfung der Aufklärungspflicht eintreten. Es wird daher weiterhin unterschieden zwischen solchen Geschäften mit spekulativem und solchen mit nicht spekulativem Charakter. Unter spekulativen Geschäften versteht man dabei solche, bei denen das

---

[1]) Komm. zu § 123, a. a. O.

[2]) Vgl. RG. JW. 25, 2601: Offenbarungspflicht nur dann, wenn Treu und Glauben nach der Verkehrsauffassung das Reden erfordern und der andere Teil die Aufklärung erwarten durfte.

[3]) RG. JW. 04, 113 (für Käufer erheblich und erkennbar), ferner RGZ. 95, 60; Oertmann a. a. O., zu § 123.

[4]) JW. 11, 641; Verkauf eines Grundstücks unter Verschweigen, daß Hypothek bereits gekündigt ist.

[5]) RG. Warn. 13, 321.

Nicht- bzw. Besserwissen bestimmter Umstände bei beiden Vertragsparteien von vornherein in Rechnung gestellt wird, so z. B. beim Verkauf börsengängiger Papiere, Kauf von Antiquitäten usw. Hier wird in vielen Fällen auch das Schweigen über objektive, sonst nach Treu und Glauben mitzuteilende Umstände für unerheblich gehalten, allerdings mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß auch hier nur solche Umstände verschwiegen werden dürfen, die mit dem spekulativen Charakter zusammenhängen[1]). Es soll daher nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn ein Bankbeamter, der an der Börse erfahren hat, daß bestimmte Papiere im Kurse stark fallen, diese noch schnell zum alten Kurswert an einen unerfahrenen Dritten veräußert[2]).

Im Gegensatz zu diesen spekulativen Geschäften, bei denen die Pflicht zur Mitteilung gegenüber den normalen Fällen beschränkt wird, wird sie verschärft bei den Geschäften, die auf besonderem gegenseitigen Vertrauen beruhen[3]). So können eine langjährige Freundschaft, die ein besonderes Vertrauen erzeugt, die Übertragung einer besonders großen, auf Vertrauen beruhenden Vermögensverwaltung, besondere Offenbarungspflichten erzeugen[4].)

II. Prüft man die bisher erörterten Grundsätze auf ihre praktische Verwendbarkeit, so erweisen sich die beiden zuletzt genannten Gesichtspunkte sowohl als brauchbar, als auch richtig[5]). Es müssen größere Anforderungen an die Aufklärungspflicht gestellt werden, wenn es sich um ein Vertrauensverhältnis zwischen zwei Personen handelt. Eine solche unterschiedliche Behandlung läßt sich aus dem Gesetz selbst entnehmen. Betrachtet man die einzelnen, den Wirtschaftsverkehr beherrschenden Vertragsverhältnisse, so lassen sich zwei Gruppen erkennen, die ihrem Wesen nach völlig verschieden sind[6]). Auf der einen Seite stehen alle diejenigen Verträge, die dem allgemeinen Wirtschaftsverkehr, insbesondere dem Güteraustausch dienen, auf der anderen Seite die sogenannten Organisa-

---

[1]) RGZ. 111, 234; Oertmann R. u. V., 58; ders. Komm. zu § 123 a. a. O., vgl. auch JW. 25, 2601, mit Anm. Geiler.

[2]) RGZ. 111, 234.

[3]) Oertmann, Komm. zu § 123, B, 1, e; RGR. Komm. § 123, 2.

[4]) Vgl. RG. SeuffArch. 79, 98; RGZ. 12, 104; vgl. auch JW. 14, 138.

[5]) Ob und inwieweit bei den spekulativen Geschäften eine Erleichterung eintritt, braucht hier nicht weiter untersucht zu werden, da Kreditgeschäfte niemals Spekulativgeschäfte sind.

[6]) Vgl. Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation 1897, ders. Treu und Glauben im Verkehr 1900.

tions-, d. h. diejenigen Verträge, die darauf gerichtet sind, ein Zusammenwirken mehrerer Personen zu einem gemeinsamen Zwecke zu ermöglichen. Diesem verschiedenen Zwecke entsprechend ist das Wesen der beiden Vertragstypen und ihrer Behandlung im Gesetz selbst eine grundsätzlich verschiedene. Bei den Güteraustauschverträgen stehen sich zwei Vertragsgegner gegenüber, jeder mit entgegengesetzten Interessen und darauf bedacht, ein möglichst günstiges Geschäft abzuschließen, d. h. möglichst viel Ungünstiges zu verschweigen und Günstiges mitzuteilen. Das braucht nicht rechtswidrig zu sein. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß unsere Rechtsordnung ein solches Verhalten in gewissem Umfang zuläßt. Grundsätzlich freier Vertragsschluß, freier Wettbewerb usw. bringen es mit sich, daß Übervorteilungen zuweilen erlaubt und nur unter ganz besonderen Voraussetzungen unzulässig sind[1]). Darüber hinaus steht es jedem frei, Können und Wissen für sich zu verwerten. Das entspricht einem gesunden wirtschaftlichen Denken. Auch der auf Gemeinschaftssinn aufgebaute Staat muß dem Einzelnen einen Spielraum geben, innerhalb dessen er die Möglichkeit hat, durch seine besonderen Fähigkeiten zu besonderen Vorteilen zu gelangen. Gerade die Möglichkeit, materielle Vorteile durch größere Sorgfalt und durch besonderes Können zu erlangen, dienen dazu, den einzelnen zu erhöhten Leistungen anzuregen, die schließlich dem Volksganzen wieder zugute kommen.

Anders bei den auf gegenseitigem Vertrauen beruhenden Verträgen. Hier läßt der Gesetzgeber durch seine in einzelnen Vertragstypen aufgestellten besonderen Bestimmungen selbst erkennen, daß er den an solchen Verträgen beteiligten Parteien erhöhte Aufklärungspflichten auferlegt. Das folgt aus dem diesen Verträgen zugrunde liegenden Sinn. Der Zusammenschluß oder die gemeinsame Beteiligung an einem Geschäft geschieht, um gemeinsam bestimmte Zwecke zu erreichen. Die Interessen sind nicht gegensätzlich sondern gleichmäßig gerichtet. Deshalb werden dem Gesellschafter, dem Beauftragten besondere gesetzliche Pflichten auferlegt[2]). Diese besonderen Vorschriften sind von großer Bedeutung. Allerdings ergibt sich aus dem Gesetz selbst eine solche erhöhte Aufklärungspflicht nur in ganz bestimmtem Umfange und nur für ganz bestimmte Verträge. Aber aus der Art der Vertragsverhältnisse, innerhalb deren sie aufgestellt werden, läßt sich entnehmen, daß sie

[1]) Vgl. §§ 134, 138, 123ff. BGB.
[2]) Vgl. §§ 666, 713 BGB.

nur Beispiele eines allgemeinen, vom Gesetzgeber anerkannten Prinzips sind. Gesellschaft und Auftrag sind solche, auf gegenseitigem Vertrauen aufgebaute Rechtsverhältnisse. Stellt hier der Gesetzgeber an die Aufklärungspflicht erhöhte Anforderungen, dann läßt sich daraus entnehmen, daß es sein Wille ist, überhaupt bei derartigen Vertrauensverhältnissen die Verpflichtung zur Aufklärung gegenüber anderen Verträgen und Verhältnissen zu verstärken. Mit Recht haben daher die oben zitierten Erkenntnisse[1]) eine erhöhte, sich aus Treu und Glauben ergebende Rechtspflicht zur Aufklärung dann angenommen, wenn nicht nur Gesellschafts- oder Auftragsverhältnisse vorlagen, sondern auch, wenn das Vertrauensverhältnis auf Freundschaft oder langjähriger Geschäftsbeziehung beruhte.

Fraglich erscheint jedoch, ob auch die sonstigen, von der zivilistischen Judikatur und Wissenschaft aufgestellten Grundsätze für die Abgrenzung dessen, was Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte erfordern, praktisch verwendbar sind. Das ist sehr zweifelhaft, und zwar sowohl bei der Unterscheidung in erhebliche und nichterhebliche Umstände, als auch bei der Gegenüberstellung von solchen Momenten, deren Mitteilung der Gegner erwarten kann, und solchen, bei denen es nicht der Fall ist. Es ist schon oben darauf hingewiesen worden, daß man zwar im Ergebnis mit beiden Grundsätzen zu gleichen Ergebnissen kommen wird. Als Grundlage für eine Abgrenzung sind sie jedoch beide gleich unbestimmt und machen die Entscheidung von den Umständen jedes einzelnen Falles abhängig. Das liegt sicher zum Teil im Wesen des Treu- und Glaubensbegriffes überhaupt. Es muß aber dennoch versucht werden, die für alle Verträge erheblichen Umstände näher zu bestimmen, und zwar nicht nur, soweit sie für den Einzelfall sondern für Verträge schlechthin erheblich sind.

Unterzieht man die Umstände und Momente, die bei Abschluß eines Vertrages für jeden Kontrahenten eine Rolle spielen, einer näheren Prüfung, so zeigt sich, daß sie zweierlei Art sind[2]). Sie betreffen einmal die Motive, die zum Vertragsschluß geführt haben und die Zwecke, die mit ihm verfolgt werden. So schließt z. B. der Käufer den Kaufvertrag deshalb ab, weil er weiß, daß er die gekaufte Sache im Augenblick besonders günstig weiterverkaufen

[1]) Vgl. oben S. 42, Anm. 3.
[2]) Vgl. Kohler a. a. O. 3ff., 7ff.; ähnlich schon Ortloff 252.

kann, oder er weiß Umstände, aus denen er folgert, daß der Preis für den gekauften Gegenstand steigen wird. Es ist unmöglich, alle die hier in Betracht kommenden Motive oder Zwecke aufzuzählen, denn sie sind nicht nur, je nach Vertragsart, sondern auch bei jedem einzelnen Vertrage gleicher Art verschieden. Bei Abschluß eines Kreditgeschäftes kommen als Umstände in diesem Sinne insbesondere der Verwendungszweck des aufgenommenen Darlehns, beim Kauf auf Kredit die Absicht dessen, was mit der kreditweise gekauften Sache gemacht werden soll, in Betracht.

Diesen, zum Vertragsschluß führenden Umständen[1]) stehen diejenigen gegenüber, die sich auf die Möglichkeit und Beschaffenheit der versprochenen Leistung selbst beziehen[2]). Auch hier sind die dazugehörigen Umstände verschieden, je nach Art und Inhalt des geschlossenen Vertrages. So betreffen sie einerseits die körperliche Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes, andererseits auch seine rechtlichen Verhältnisse, also z. B. das Eigentum, seine Freiheit von Belastungen jeder Art, bei der Hypothek deren Sicherheit usw.

Es wäre nun möglich, sich eine Rechtsordnung vorzustellen, die die Mitteilung aller dieser Momente fordert, gleichgültig, ob es sich um solche der zuerst oder der zuletzt genannten Art handelt. Es kann kein Zweifel sein, daß unser heutiges Rechtssystem einen solchen Grundsatz nicht kennt. Unsere Rechtsordnung baut auf dem Grundgedanken des freien Wettbewerbs auf und gestattet damit eine gewisse Spekulation. Es liegt daher in ihrem Sinne, das individuelle Erkennen gewisser günstiger Momente und ihre Ausnützung nicht zu verbieten sondern zu erlauben. Gerade eine solche Spekulation ist aber nur möglich bei der Geheimhaltung der zum Vertrag führenden Motive und der Zwecke, die mit seinem Abschluß verfolgt werden. Solche Momente mitzuteilen, kann daher nicht Inhalt des Treu- und Glaubensgrundsatzes sein.

Anders jedoch muß die Entscheidung bei den sogenannten Qualitätsmomenten lauten. Hier handelt es sich um Umstände, die, da sie den Leistungsgegenstand als solchen betreffen, nicht nur die Interessen des einen Vertragspartners sondern auch die des anderen berühren; denn der Wert des Leistungsgegenstandes und die Möglichkeit, den Vertrag erfüllen zu können, sind maßgebend für seinen

[1]) von Kohler S. 3ff. als Spekulationsmomente bezeichnet.
[2]) von Kohler S. 2ff. als sogenannte Qualitätsmomente bezeichnet.

Abschluß überhaupt oder doch wenigstens für den Umfang der gebotenen Gegenleistung. Deshalb erfordern Treu und Glauben hier grundsätzlich eine Aufklärungspflicht.

Aber es handelt sich dabei zunächst nur um einen Grundsatz, der im einzelnen Fall der besonderen Prüfung bedarf. Das Gesetz selbst, die einzelnen, für den gerade in Betracht kommenden Vertrag gültigen gesetzlichen Bestimmungen und, wo solche nicht vorhanden sind, die ausdrücklich oder stillschweigend von seiten der Parteien zum Ausdruck gekommenen Vereinbarungen, die Verkehrssitte[1]), sie alle können diesen Grundsatz außer Kraft setzen. So müssen z. B. bei gewissen Geschäften, bei denen die Parteien von bestimmten Voraussetzungen ausgehen, anderweitige, mit diesen Voraussetzungen nicht im Einklang stehende Absichten und Zwecke mitgeteilt werden. Mit Recht hat das Reichsgericht daher den Gesellschafter wegen Betruges verurteilt, der seine Absicht verschwiegen hatte, das gemeinsam für Zwecke der Gesellschaft zusammengelegte Geld für persönliche Angelegenheiten zu verwenden[2]). Ebenso können, wie oben bereits erwähnt, besondere Vertrauensverhältnisse die Mitteilung der Zwecke erforderlich machen[3]). Andererseits kann auch das Verschweigen von Qualitätsmomenten gestattet sein. So läßt sich aus § 444 BGB. entnehmen, daß bei Sachmängeln eine Aufklärungspflicht bezüglich der Qualitätsmomente nicht besteht[4]).

Es ist nicht Aufgabe der Arbeit, diese Frage allgemein für die verschiedenen Verträge weiter zu entwickeln. Sie ist insbesondere für den Kaufvertrag eingehend von Cleric behandelt worden[5]). Hier genügt es zu fragen, wie sich die Unterscheidung in Qualitäts- und Spekulationsmomente für das Kreditgeschäft auswirkt.

§ 7. Treu und Glauben beim Kreditgeschäft.

I. Müssen, wie oben gezeigt, Qualitätsmomente bei Vertragsabschluß mitgeteilt werden, so fragt sich, was beim Kreditgeschäft als derartiges Qualitätsmoment in Betracht kommt. Nach dem oben Gesagten sind Qualitätsmomente auch solche Umstände, die sich

[1]) z. B. die allgemeine Pflicht, sich selbst bis zu einem gewissen Grade zu informieren.

[2]) RG. 65, 106.

[3]) Vgl. oben S. 42, Anm. 3.

[4]) Ebenso RG. 2, 430ff. Cleric 110; Kugelmann 59; Frank § 263, II, 3a, a. α, a. E.

[5]) a. a. O. 123ff.

auf die Möglichkeit der Leistung des Gegners beziehen. Möglichkeit der Gegenleistung beim Kreditvertrag heißt nun aber, Möglichkeit, den Kredit zurückzahlen zu können, mit anderen Worten, Zahlungsfähigkeit im früher dargelegten Sinne zu besitzen[1]). In Anwendung des oben entwickelten Grundsatzes bedeutet das aber für den Kreditnehmer die Verpflichtung, die seine Zahlungsfähigkeit betreffenden Umstände, also die Vermögensverhältnisse darlegen zu müssen.

Dieses Ergebnis erscheint auf den ersten Blick überraschend. Es muß aber daran erinnert werden, daß der oben genannte Grundsatz nur unter Berücksichtigung der aus den einzelnen Vertragstypen sich ergebenden Eigenheiten Anwendung findet[2]). Diese müssen daher einer besonderen eingehenden Prüfung auch hier beim Kreditgeschäft unterzogen werden.

Auch bei dieser Frage ist es zunächst notwendig, nach gesetzlichen Bestimmungen zu suchen, aus denen die Ansicht des Gesetzgebers zur Frage selbst entnommen werden kann. Dazu ist es nötig, daran zu erinnern, was eingangs[3]) über die rechtliche Bedeutung der den Kreditgeschäften zugrunde liegenden Verträge gesagt ist. Dort ist ausgeführt, daß sie sich rechtlich als Darlehns- oder Kaufverträge darstellen. Sollen also Vorschriften über die zu entscheidende Frage im Gesetz gefunden werden, können sie nur entweder in den diese Verträge behandelnden oder den allgemein für Verträge geltenden Bestimmungen enthalten sein. Nun interessieren für das hier zu behandelnde Problem jedoch nur solche Vorschriften, die die Mitteilungspflicht von Umständen überhaupt, insbesondere aber die Mitteilungspflicht bezüglich der für die Kreditwürdigkeit erheblichen Umstände betreffen. Derartige Vorschriften enthält das Bürgerliche Gesetzbuch jedoch nicht. Weder in den Vorschriften über das Darlehn, noch in denen der §§ 433 ff. BGB. finden sich Bestimmungen des gesuchten Inhalts. Soweit dort gesetzliche Pflichten aufgestellt sind, betreffen sie lediglich die Frage, welche Aufklärungspflicht bezüglich der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes selbst, nicht dagegen bezüglich der Leistungsfähigkeit überhaupt besteht[4]). Soll insoweit eine Aufklärungspflicht begründet

[1]) Merkel, Holtzd. Hdb. 765 will nur eine Täuschung über Motive des Geschäfts darin sehen.

[2]) Vgl. oben S. 1.

[3]) Vgl. § 444 BGB.

[4]) A. a. O. 17.

sein, kann sie auch hier nur einer aus Treu und Glauben sich ergebenden Rechtspflicht entnommen werden.

Die Rechtsprechung zum bürgerlichen Recht wendet im allgemeinen die Grundsätze, die für die Aufklärungspflicht nach Treu und Glauben schlechthin bei Verträgen entwickelt werden, auch auf die Frage des Verschweigens der Zahlungsunfähigkeit und Vermögenslosigkeit an. Aber das Bestreben geht von vornherein dahin, nach Möglichkeit eine derartige Mitteilungspflicht zu verneinen. Man geht deshalb gar nicht erst von der Frage aus, ob es sich bei der Zahlungsunfähigkeit um einen erheblichen oder nicht erheblichen Umstand handelt, sondern sagt, es sei Pflicht jedes einzelnen, sich über seinen Vertragsgegner und über dessen Vermögensverhältnisse Aufklärung zu verschaffen[1]), oder, es bestehe keine Mitteilungspflicht bezüglich solcher Tatsachen, durch deren Aufklärung man selbst in seiner Rechts- oder persönlichen Stellung geschädigt werde[2]). Eine Pflicht zur Offenbarung wird nur dann anerkannt, wenn besondere Umstände z. B. Vertrauensverhältnisse vorliegen[3]).

Diese Grundsätze mußten naturgemäß in der Regel der Fälle zur Ablehnung der Offenbarungspflicht führen[4]). Die Tatsache, daß man einmal an die Problematik nicht folgerichtig von der allgemeinen Aufklärungspflicht bei Verträgen heranging, andererseits überhaupt nicht die besondere Natur und Eigenheit des Kreditverhältnisses in Betracht zog und so nicht erkannte, daß der maßgebende Umstand für den Kreditgeber bei der Gewährung des Kredites, sei es durch Hingabe eines Darlehns oder sei es durch Leistung von Waren ohne sofortige Bezahlung, der Vermögensstand des Kreditnehmers war, brachten es mit sich, daß man häufig zu unbefriedigenden Ergebnissen kommen mußte. Nur wo in den Entscheidungen zum Ausdruck kommt, daß im Mittelpunkt des Kreditgeschäftes die Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers stehen, konnte es anders sein[5]).

II. Im Ergebnis gleichermaßen unzutreffend und nur in der Begründung anders war bis vor kurzem die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen und die Stellung-

[1]) RG. Warn. 1911, 360.

[2]) RG. JW. 17, 744.

[3]) Vgl. das oben zit. RG. SeuffArch. 79, 98, auch RG. 70, 151 ff. ferner RG. SeuffArch. 74, 309; Oertmann Komm. § 123, a. a. O.

[4]) So OLG. 8, 471; SeuffArch. 67, 433; RG. Bolze 13, Nr. 287.

[5]) Vgl. in dieser Hinsicht zutreffend RG. Warn. 12 Nr. 2; OLG. 28, 24.

nahme der strafrechtlichen Wissenschaft. Da das Reichsgericht, wie oben gezeigt[1]), abgesehen von Einzelentscheidungen, in feststehender Rechtsprechung die Auffassung vertrat, der Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr erzeuge keine Rechtspflicht, mußte es auch die Frage einer Aufklärungspflicht der Vermögensverhältnisse verneinend beantworten. Es hielt daher daran fest, daß für einen Darlehnssucher an sich keineswegs die Rechtspflicht bestehe, die für die Beurteilung seiner Kreditwürdigkeit ins Gewicht fallenden Umstände dem Darlehnsgeber unaufgefordert mitzuteilen[2]). Das Reichsgericht machte keinen Unterschied, ob der Kreditgeber überhaupt in der Lage war, sich Aufklärung zu verschaffen. Selbst dann, wenn ein als allgemein sicher bekanntes Unternehmen, das seinen Zahlungspflichten immer nachgekommen war, völlig zahlungsunfähig geworden war und seinen früher guten Ruf dazu ausnutzte, den gutgläubigen Darlehnsgeber zu schädigen, wurde eine Verpflichtung zur Offenbarung der Vermögensverhältnisse verneint. In solchen Fällen mußte aber die Begründung des Reichsgerichts, »es bleibe jedem Beteiligten überlassen, die eigenen Augen aufzumachen und sich über alle Umstände, die für seine Willensentschließung von Bedeutung sind, zu erkundigen, der Darlehnsnehmer habe es daher nicht nötig, den Kreditgeber auf solche Tatsachen, die ihn von der Darlehnshingabe zurückhalten könnten, seinerseits ungefragt hinzuweisen«[3]), versagen. Das Reichsgericht berücksichtigte nicht, daß auch im Wirtschaftsleben ein Partner auf den anderen vertraut. Erst der oben gezeigte Wandel in der Bewertung der Grundsätze über Treu und Glauben als Rechtspflicht brachte bei der Rechtsprechung zum Kreditbetrug eine Änderung. Denn wo aus diesen Grundsätzen eine Rechtspflicht hergeleitet wird, muß auch dazu Stellung genommen werden, wann sie eine Aufklärung gebieten.

Das Reichsgericht hat dem in seinen Entscheidungen Rechnung getragen. Es führt aus, daß die Anerkennung einer Rechtspflicht aus Treu und Glauben zwar keine allgemeine Offenbarungspflicht zur Folge habe[4]), daß aber bei Vorliegen besonderer Umstände eine Verpflichtung zur Mitteilung bestehe.

Solche besonderen Umstände sieht das Reichsgericht dann als gegeben an, wenn sich nach Treu und Glauben eine Aufklärungs-

---

[1]) Vgl. oben S. 21 f. [2]) RG. 31, 210.
[3]) Vgl. RG. v. 3. 2. 30 (2. D. 671/29) zit. bei Culemann S. 28.
[4]) Vgl. zum Folgenden RG. 70, 151 ff.

pflicht aus vorherigem oder gleichzeitigem Tun oder aus einem besonderen Vertrauensverhältnis ergibt. Mit den beiden ersten Merkmalen wird nichts Neues gesagt, denn eine Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun wurde bereits angenommen, als das Reichsgericht grundsätzlich noch Treu und Glauben die Bedeutung einer Rechtspflicht absprach. Dasselbe gilt aber auch für das gleichzeitige Verschweigen und Tun, denn auch in diesen Fällen nahm das Reichsgericht schon früher Betrug an, indem es Verschweigen und Tun zusammen als konkludente Vorspiegelung ansah. Neu ist insoweit also nur, daß das Reichsgericht in diesen Fällen jetzt ausdrücklich die Rechtswidrigkeit des Unterlassens in der Zuwiderhandlung gegen eine durch Treu und Glauben gebotene Pflicht, nicht in dem vorangegangenen oder gleichzeitigen Tun an sich sieht. Darüber hinaus enthält jener Satz des Reichsgerichts für die Frage, wann Treu und Glauben eine Aufklärung gebieten, nur den Hinweis auf das Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses.

Fast allen neueren Entscheidungen, in denen das Reichsgericht aus Treu und Glauben eine Aufklärungspflicht herleitet, liegt ein derartiges Vertrauensverhältnis zugrunde. So zunächst dort, wo mehrere Personen Geld zu einem gemeinsamen Zweck zusammenlegen, sich an einem gemeinsamen Unternehmen beteiligen, gegen Gewinnbeteiligung einander Geld kreditweise zur Verfügung stellen u. ä. Hier erfordert die Gemeinsamkeit des Zweckes, das im Gewinn wie im Verlust einander gleichgestellt sein, eine unbeschränkte Aufklärungspflicht über die Vermögensverhältnisse[1]). Betrug liegt daher z. B. vor, wenn zwei Personen bei einer Bank einen gemeinsamen Kredit aufnehmen, um damit ein auch gemeinsam zu betreibendes Unternehmen zu eröffnen und der eine die Absicht verschweigt, einen Teil des eröffneten Kredites für persönliche Zwecke zu verbrauchen[2]). Ebenso, wenn ein Teilhaber in ein Geschäft aufgenommen wird, dem eine Verzinsung des einzubringenden Kapitals versprochen wird, die nach Lage der Dinge nicht eingehalten werden kann. Auch hier muß der neu Eintretende über Umfang und Zustand des Geschäfts weitgehend aufgeklärt werden[3]).

Aber nicht nur derartige Gesellschaftsverhältnisse sind auf gegenseitiges Vertrauen gegründet, andere Rechtsgeschäfte können

[1]) RG. 65, 106; RG. zit. bei Wachinger Nr. 5.
[2]) RG. 65. 106.
[3]) RG. zit. bei Wachinger Nr. 5.

ebenfalls Vertrauensgeschäfte sein. Das gilt besonders dort, wo der eine Teil besondere Kenntnisse und Erfahrung besitzt und der andere gerade deshalb von ihm seine Angelegenheiten besorgen läßt. So vertraut sich z. B. der Kunde einer Bank, der Wertpapiergeschäfte machen will und sich deshalb an die Bank wendet, dieser an[1]). Die Pflicht zur Aufklärung auf Seiten der Bank ist deshalb eine erhöhte.

Ebenso kann die Tatsache von Bedeutung sein, daß sich der Kreditnehmer Geld von einem Verwandten, einem guten Freunde usw. geben läßt[2]).

Man könnte geneigt sein zu fragen, ob denn nicht das Kreditgeschäft von Natur aus ein Vertrauensgeschäft im genannten Sinne darstellt, da die Darlehnshingabe immer aus besonderem Vertrauen heraus erfolgt. Das wird jedoch zu verneinen sein. Gewiß gibt niemand Geld, wenn er von vornherein weiß, daß es verloren ist. Insofern muß also auch der Gebende Vertrauen zu seinem Vertragsgegner haben. Aber dieses Vertrauen ist nicht größer als dasjenige, welches jeder Gläubiger an der Erfüllung des Vertrages hat. Es ist kein im Vertrage selbst liegendes, besonderes Vertrauen, welches vorausgesetzt wird. Vertrauensgeschäfte an sich sind nur jene oben genannten, wo von vornherein ein gemeinsames Zusammenwirken zum gemeinsamen Zweck vorliegt, also etwa bei einem Gesellschaftsverhältnis oder einer stillen Beteiligung an einem Unternehmen. Andere Geschäfte sind nicht von Natur aus Vertrauensgeschäfte in diesem Sinne, sie werden es erst durch Hinzutreten besonderer Umstände. Mit Recht hat daher das Reichsgericht bei dem Fall einer Bürgschaftsübernahme nicht etwa schon in dem Bürgschaftsvertrag allein die Grundlage des gegenseitigen Vertrauens gesehen, sondern zur Begründung darauf hingewiesen, daß der Bürge ein guter Bekannter, ein Berufskollege des Schuldners gewesen sei[3]) und deshalb darauf vertrauen konnte, ihm würde volle Aufklärung verschafft werden. Beim allgemeinen Darlehnsgeschäft ist die Beziehung zwischen Darlehnsgeber und Darlehnsnehmer aber noch viel loser als beim Bürgschaftsvertrag, denn der Bürge ist mit einer bestimmten Hauptschuld verbunden. Er teilt in gewissem Umfang das Schicksal des Schuldners hinsichtlich der Forderung. Beim Darlehnsgeber ist das nicht der Fall. Wenn also bei der Bürgschaft schon besondere Umstände hinzukommen müssen,

---

[1]) RG. 70, 46; auch RG. 66, 56.
[2]) RG. 70, 46.
[3]) RG. JW. 34, 1418.

um ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis zu begründen, dann gilt dies noch vielmehr beim Darlehnsgeschäft.

Daraus folgt: Auch das Kreditgeschäft kann nach der neueren Rechtsprechung unter Umständen ein Rechtsgeschäft besonderen Vertrauens sein, grundsätzlich ist es dies nicht. Das Vorliegen eines Vertrauensverhältnisses als Grundlage einer Pflicht zur Mitteilung nach Treu und Glauben ist daher nur ein besonderer Fall, der jedoch die Frage nicht erschöpft, was mitgeteilt werden muß, wenn die besonderen Voraussetzungen nicht vorliegen.

Die Beantwortung dieser Frage stellt das Reichsgericht nun ganz auf den einzelnen Fall ab. Meist fordert es wie die Zivilsenate, daß jeder Vertragsgegner bei Vertragsverhandlungen Umstände, von denen er erkannte, daß sie dem anderen Vertragsteil unbekannt, jedoch für seine Willensentschließung bestimmend seien, seinem Vertragsgegner offenbaren müsse[1]). Besonders dann, wenn die Vermögenslage des Darlehnssuchers zum Gegenstand der Verhandlung zwischen diesem und dem Darlehnsgeber gemacht werde, erwachse für den Darlehnsnehmer die Rechtspflicht, bei Erteilung der Auskunft richtige und vollständige Angaben zu machen[2]). Das Gleiche gelte, wenn die Rückerstattung des Darlehns »von vornherein« durch die bedrängte Vermögenslage des Darlehnsnehmers stark gefährdet und dementsprechend weit unter den Wert des hingegebenen Geldbetrages herabgemindert gewesen sei[3]), oder eine »überaus unsichere« Vermögenslage bestanden habe[4]) usw.

Alle diese Umstände sind bedeutsam, stellen jedoch zu sehr auf den Einzelfall ab, ohne daß versucht wird, allgemein für das Kreditgeschäft die Frage zu beantworten, was mitgeteilt werden muß.

III. Dies kann nur aus der wirtschaftlichen Bedeutung des Kreditverhältnisses heraus geschehen. Zwei Personen mit entgegengesetzten wirtschaftlichen Zwecken, Zielen und Beweggründen stehen sich gegenüber. Auf der einen Seite der Kreditsucher, auf der anderen der Kreditgeber.

Die Interessen des Kreditnehmers sind darauf gerichtet, auf jeden Fall Geld oder Waren ohne sofortige Bezahlung zu erhalten.

[1]) RG. 70, 151ff.; RG. 65, 106; Urteil v. 13. 11. 31, zit. bei Wachinger, a. a. O. Nr. 6.

[2]) RG. Urteil v. 15. 12. 30, zit. bei Wachinger Nr. 2.

[3]) Vgl. Urteil Anm. 2.

[4]) RG. 70, 46.

Das zwingt ihn dazu, sich als kreditfähig hinzustellen. Da nun aber gerade, weil er Kredit in Anspruch nehmen muß, seine Vermögensverhältnisse oft nicht so sind, daß er jederzeit das nachgesuchte Darlehn zurück- oder die auf Kredit gekauften Waren bezahlen kann, wird er bestrebt sein, den wahren Stand seiner Vermögensverhältnisse möglichst nicht in den Vordergrund zu stellen, wenn nicht gerade ausdrücklich danach gefragt wird. Er wird dies sehr oft tun müssen, weil er sonst einfach keinen Kredit erhält. Dabei braucht es sich durchaus nicht etwa immer um eine finanziell ungesunde oder dauernd in Vermögensschwierigkeiten befindliche Person zu handeln. Auch der beste und zuverlässigste Geschäftsmann, der immer für zahlungsfähig gilt, kann zuweilen durch schlechte Konjunktur oder durch plötzliche Verluste an Beteiligungen, nicht pünktlichen Eingang von Außenständen usw. genötigt sein, Kredit in Anspruch nehmen zu müssen. Würde er hierzu nicht die Möglichkeit haben, wäre er unter Umständen gezwungen, sein Geschäft zu schließen. Besonders in Zeiten schlechter Wirtschaftslage ist der Kreditverkehr von allergrößter Bedeutung, weil hier vorübergehende Zahlungsstockungen von Kunden usw. auch das sicherste Unternehmen plötzlich in die Lage versetzen können, aus eigenen Mitteln fällige Verbindlichkeiten nicht mehr befriedigen zu können und daher Darlehen aufnehmen zu müssen. Und doch wird hier oft gar kein Zweifel bestehen, daß das dargeliehene Geld später wieder zurückgezahlt wird. Dennoch wäre gerade in Zeiten wirtschaftlicher Unsicherheit und Geldknappheit die Möglichkeit, Kredit zu erlangen, einfach nicht gegeben, würden die Geldgeber bis ins Einzelne über den wahren Vermögensstand aufgeklärt werden müssen.

Hinzu kommt für den Kreditnehmer meist jedoch noch ein Weiteres. Selbst wenn er bei Offenbarung seiner — vielleicht nur vorübergehend — nicht günstigen Vermögenslage einen Kredit erhält, so pflegt sich in der Regel die Tatsache des schlechten Vermögensstandes herumzusprechen. Dadurch entstehen weitere Gefahren. Einmal werden dem Kreditnehmer sehr leicht alle früheren auf längere Zeit gegebenen Kredite nunmehr von anderen Gläubigern gekündigt werden, für die er dann ganz sicherlich keinen Ersatz mehr erhält. Andererseits wird auch meist ein nachteiliger Einfluß auf die Kundschaft nicht ausbleiben, denn mit Personen, deren Vermögenslage zweifelhaft ist, werden die Beziehungen vielfach abgebrochen. So zwingt der Selbsterhaltungstrieb den Kreditnehmer oft dazu, seine augenblickliche Vermögenslage nicht zu offenbaren.

Gehen die Interessen des Kreditnehmers also darauf hinaus, möglichst wenig von seinem Vermögensstand mitzuteilen, so ist das Interesse des Kreditgebers gerade entgegengesetzt gerichtet. Er will in erster Linie nur dort sein Geld hingeben, wo ihm die Gewähr geboten ist, es mit größtmöglichster Sicherheit wieder zurückzuerhalten. Von einer völligen Sicherheit wird allerdings nur in ganz wenigen Fällen gesprochen werden können. Auch der Kreditgeber weiß, daß der Geldnehmer nicht genügend Mittel aus eigenem Vermögen besitzt, denn sonst brauchte er ja keinen Kredit aufzunehmen. Die Kredithingabe ist daher ihrer Natur nach bereits ein Risikogeschäft, das das Vermögen des Geldgebers gefährdet. Mit dieser Gefährdung rechnet der Kreditgeber auch, wenn er den Kredit gewährt. Aber diese einkalkulierte Gefährdung ist wiederum nicht unbeschränkt, denn ein Risiko, das von vornherein einen Verlust bedeutet, will der Kreditgeber nicht eingehen. Lediglich eine Normalgefahr wird von ihm in Rechnung gestellt. Auch diese wird jeweils verschieden groß sein. Wer in wirtschaftlich unsicheren Zeiten Geld als Kredit gibt, muß mit einer größeren Unsicherheit des Rückgabeanspruches rechnen als derjenige, der dies in wirtschaftlich sicheren Zeiten tut. Immer wird aber auch hier beim Kreditgeber das Bestreben obwalten, eine möglichst weitgehende Sicherung zu erlangen.

Aufgabe der Rechtsprechung muß es daher sein, zwischen diesen beiden Interessen den Weg zu finden, der sowohl allgemein wirtschaftlich zu einem befriedigenden Ergebnisse führt, als auch den Parteiinteressen möglichst gerecht wird. Dabei ergibt die Betrachtung des Kreditgeschäfts in seiner wirtschaftlichen Bedeutung dreierlei.

Es kann erstens nicht richtig sein, daß der Kreditnehmer in allen Fällen seine gesamte Vermögenslage offenbaren muß. Das würde dazu führen, daß der gesamte Kreditverkehr lahmgelegt wird. Viele Unternehmen würden zugrunde gehen müssen, wenn sie immer eine, oft nur vorübergehende Zahlungsunfähigkeit oder wenigstens Zahlungsschwierigkeit, aufzudecken verpflichtet wären. Gerade der Kredit soll dazu dienen, über solche Zeitpunkte hinwegzuhelfen, und oft gelingt es dem Unternehmer auch ohne jede Schwierigkeit, seine augenblickliche Zahlungsunfähigkeit wieder zu überwinden. Mit Recht geht daher die Denkschrift des Preußischen Justizministers »Nationalsozialistisches Strafrecht«[1]) davon aus, daß eine

[1]) Vgl. S. 102.

Offenbarung der Vermögenslage vom Kreditnehmer in allen Fällen nicht gefordert werden kann.

Die wirtschaftliche Betrachtung des Kreditverhältnisses ergibt aber andererseits, daß auch bei weitgehender Berücksichtigung der Interessen des Kreditnehmers, diesem nicht in allen Fällen ein Recht zum Schweigen gegeben werden kann, insbesondere dann nicht, wenn die Vermögenslage des Schuldners von vornherein so ist, daß er den gewährten Kredit niemals wird zurückzahlen können.

Bei Betrachtung der beiderseitig am Kreditgeschäft Beteiligten ergibt sich aber drittens, in welcher Richtung der Ausgleich dieser Interessen und damit die Lösung des Problems liegen muß. Wenn oben gesagt worden ist, daß der Kreditgeber bei der Geldhingabe mit einer gewissen Normalgefahr rechnet, so zeigt das bereits, daß er hier den auf möglichst weitgehendes Verschweigen der Vermögenslage gerichteten Interessen des Kreditnehmers entgegenkommt. Denn kann dieser davon ausgehen, daß sein Geldgeber mit einer gewissen Normalgefahr und einem gewissen Risiko rechnet, dann entbindet ihn dies insoweit auch der Pflicht, seinen Vermögensstand zu offenbaren. Gefahren, deren Kenntnis beim Gegner vorausgesetzt wird, brauchen nicht noch besonders hervorgehoben zu werden. Es fragt sich nur, wo die Grenzen der Normalgefahr liegen.

Bei Beantwortung der Frage ist zweierlei zu beachten. Es muß zunächst von allen Besonderheiten abgesehen und eine Entscheidung allgemein für den Normalfall gefunden werden. Erst wenn diese festgestellt ist, kann auf die besonderen Verhältnisse eingegangen werden. Die Entscheidung muß ferner objektiv geschehen. Maßgebend kann weder die Einstellung eines besonders vorsichtigen, noch die eines besonders leichtsinnigen Geldgebers sein. Geht man von diesen beiden Grundsätzen aus, dann spitzt sich die Frage dahin zu: mit welcher Normalgefahr rechnet der durchschnittliche Kreditgeber bei Hingabe eines Kredites, wenn er weder in einem besonderen Verhältnis zum Kreditnehmer steht, noch, wenn besondere Angaben über die Vermögensverhältnisse gemacht werden?

Es empfiehlt sich, hierbei von dem Fall auszugehen, bei dem über die Vermögensverhältnisse des Schuldners ausdrücklich gesprochen wird, der Kreditgeber also über den Vermögensstand seines zukünftigen Schuldners völlig im Bilde ist. Der Kreditgeber wird hier die Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers danach

prüfen, inwieweit sie eine Rückzahlung des von ihm gegebenen Kredites sicher oder doch wahrscheinlich gestatten. Er wird daher immer den Kredit dann verweigern, wenn es nach den gesamten Umständen ausgeschlossen erscheint, daß er jemals zurückgezahlt wird. Als ordentlicher Geschäftsmann wird der Geldgeber aber auch dann keine Mittel mehr zur Verfügung stellen, wenn eine Rückzahlung zwar nicht völlig unsicher, aber doch bei objektiver Beurteilung der Sachlage unwahrscheinlich ist. Er wird bei der Beurteilung einer derartigen Wahrscheinlichkeit alles berücksichtigen, was für die Vermögensverhältnisse seines Schuldners erheblich ist. Er wird daher nicht nur die Vermögenslage selbst, sondern auch den Ruf des Unternehmens, Anzeichen einer besseren Konjunktur, die persönliche Tüchtigkeit des Unternehmers usw. in Betracht ziehen und sich danach sein Urteil bilden. Kommt er nach alledem zu der Überzeugung, daß die schlechte Vermögenslage nur eine augenblickliche ist und daß daher bei objektiver Beurteilung anzunehmen ist, eine Rückzahlung erscheine möglich, wird er das im Augenblick in der Hingabe des Geldes steckende Risiko auf sich nehmen und dennoch das Darlehn oder den sonstigen Kredit gewähren. Daraus folgt: der Darlehnsgeber rechnet nur mit einem solchen Risiko, das nicht die Rückzahlung seines Geldes von vornherein als ausgeschlossen oder doch unwahrscheinlich erscheinen läßt. Er gibt also den Kredit nur dann, wenn er bei objektiver Berücksichtigung der gesamten, für den Vermögensstand und den weiteren Vermögenserwerb erheblichen Umstände nicht zu der Überzeugung gelangt, daß er sein Geld nicht zurückerhalten wird. Eine solche Gefahr will er nicht eingehen, weil sie dem Wesen des Darlehns geradezu widerspricht[1]).

Damit sind aber auch die Merkmale für die Beantwortung der oben gestellten Frage gegeben. Auch wenn nichts über die Vermögensverhältnisse gesagt wird, ist mangels besonderer Umstände anzunehmen, daß der Kreditgeber von genau denselben Voraussetzungen ausgeht, wie derjenige, der den Vermögensstand seines zukünftigen Schuldners kennt. Auch er stellt von vornherein nur eine solche Gefahr in Rechnung, die bei objektiver Betrachtung die Rückzahlung seines Kredites nicht für unwahrscheinlich oder ausgeschlossen erscheinen läßt. Er setzt also beim Kreditnehmer solche Tatsachen stillschwei-

[1]) Vgl. in diesem Zusammenhang die Vorschrift des § 610 BGB., aus der sich diese Risikoverteilung ebenfalls entnehmen läßt.

gend als gegeben voraus, die einen derartigen Schluß gestatten. Das braucht von ihm nicht ausdrücklich erwähnt zu werden, ist vielmehr stillschweigende Voraussetzung des Kreditvertrages und der Kreditnehmer kann davon ausgehen. Unterläßt er es daher in einem Falle, wo diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, die Aufklärung zu geben, dann verstößt sein Verhalten gegen Treu und Glauben und seine Unterlassung ist im Sinne des § 263 StGB. rechtswidrig.

Der Kreditnehmer muß also in allen den Fällen von seinen Vermögensverhältnissen Mitteilung machen, wo diese bei objektiver Beurteilung erkennen lassen, daß eine Rückzahlung des Kredites nicht möglich und auch nicht wahrscheinlich ist. Bis zu dieser Grenze darf er das Vermögen des Kreditgebers gefährden. Die Feststellung dieser Grenze hat objektiv zu geschehen, und auch der Richter, der die Rechtswidrigkeit des schuldnerischen Verhaltens beurteilen soll, hat sie objektiv zu treffen. Er muß sich auf den Standpunkt des Kreditgebers stellen und sich fragen, ob der durchschnittliche Kreditgeber bei Kenntnis aller für die Kredithingabe wesentlichen Umstände das bestehende Risiko auf sich genommen und den Kredit gewährt hätte. Kommt er zu einem bejahenden Ergebnis, dann ist auch das Verhalten des Kreditnehmers nicht rechtswidrig und umgekehrt. Es fragt sich dann nur noch, ob auch der subjektive Tatbestand auf Seiten des Kreditnehmers vorliegt. Nur hier kann die persönliche Ansicht des Kreditnehmers selbst von Bedeutung sein.

Auch die oben gezogene Grenze gilt aber nur für den Normalfall. Es kann auch beim Kreditgeschäft eine Verstärkung und eine Lockerung der Aufklärungspflicht gegeben sein, denn die oben allgemein für Verträge entwickelten Grundsätze gelten naturgemäß auch für das Kreditgeschäft. So muß immer dann das Bestehen eines die normale Gefährdung nicht erreichenden Risikos, ja unter Umständen das kleinste Risiko, mitgeteilt werden, wenn der Kreditgeber erkennen läßt, daß er auch bei geringer oder der geringsten Unsicherheit nicht gewillt ist, den Kredit zu gewähren. Unterläßt der Kreditnehmer in einem solchen Falle die Aufklärung, dann liegt hier beim Kreditgeschäft, genau wie sonst, ein Fall konkludenten Vorspiegelns vor. Es gilt der oben genannte Grundsatz, daß derjenige, der auf die ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzungen des Gegners ohne Widerspruch eingeht, sie damit zu

seinen eigenen macht und damit konkludent vorspiegelt, sie seien gegeben. Das ist nichts Besonderes.

Aber auch unabhängig von besonderen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärungen kann die Aufklärungspflicht verstärkt sein. Auch hier kommen wieder die oben genannten Vertrauensverhältnisse rechtlicher oder tatsächlicher Art in Betracht. Ein solches Vertrauensverhältnis besteht nicht etwa schon schlechthin zwischen Darlehnsnehmer und Darlehnsgeber deshalb, weil die Kredithingabe immer ein Vertrauensgeschäft ist. Auch das Darlehnsgeschäft schlechthin setzt kein größeres Vertrauen voraus als jeder andere Vertrag des bürgerlichen Rechts, nämlich das Vertrauen, daß der Gegner die Gegenleistung machen wird. Der Darlehnsnehmer hat also grundsätzlich nicht mehr mitzuteilen, als jeder Vertragschließende. Nur besondere Vertrauensverhältnisse können hier eine erhöhte Aufklärungspflicht ergeben. Wann sie vorliegen, entscheidet der einzelne Fall. Als wichtigstes Beispiel wird die Darlehnsgewährung aus Freundschaft, bei Gesellschaftsverhältnissen u. ä. in Betracht kommen. Wo nicht gewerbsmäßig, auch nicht um Geld anzulegen, sondern lediglich deshalb ein Darlehn gegeben wird, um einem Freunde oder guten Bekannten auszuhelfen, ist Grundlage der Kreditgewährung ein besonderes Vertrauensverhältnis, das den Kreditnehmer verpflichtet, jedes, auch das kleinste Risiko dem Darlehnsgeber mitzuteilen.

Wenn nach alledem der Kreditnehmer in vielen Fällen seine Vermögensverhältnisse mitteilen muß, so könnte man fragen, ob eine so weitgehende Aufklärungspflicht nicht dort zu unbilligen Ergebnissen führt, wo der Kreditgeber selbst in der Lage ist, sich über die Verhältnisse seines Schuldners Klarheit zu verschaffen, und ob nicht die Unterlassung einer, vielleicht fahrlässig unterlassenen, eigenen Prüfung nunmehr unbilligerweise dem Kreditnehmer zur Last gelegt wird. Ein solcher Einwand muß jedoch versagen. Umstände, deren Mitteilung Treu und Glauben gebieten, müssen mitgeteilt werden ohne Rücksicht darauf, ob der Gegner selbst die Möglichkeit hat, sich Kenntnis davon zu verschaffen. Jeder am Vertragsschluß Beteiligte muß sich darauf verlassen können, daß ihm das gesagt wird, was nach jenen Grundsätzen mitgeteilt werden muß. Es geht nicht an, denjenigen, der sich auf einen Treu und Glauben entsprechenen Rechtsverkehr verläßt, deshalb, weil er sich auf ihn verlassen hat, schlechter zu stellen, als denjenigen, der gegen Treu und Glauben verstoßen hat.

Der Grundsatz bedeutet auch keineswegs eine Lahmlegung des Kreditverkehrs. Er wird zwar dazu führen, daß der Kreditnehmer nach Offenbarung seiner Vermögenslage in vielen Fällen den Kredit nur gegen Sicherheitsleistung erhält. Aber auch das ist durchaus billig und entspricht sowohl einem ordentlichen Rechtsverkehr als auch den Interessen der Parteien. Mag es dabei auch in Einzelfällen vorkommen, daß ein Kreditnehmer mangels genügender Sicherheitsleistung keinen Kredit erhält, so ist dies nicht unbillig. Das Interesse Einzelner muß hinter dem Erfordernis eines gesunden, auf Treu und Glauben aufgebauten Rechtsverkehrs und Wirtschaftslebens zurücktreten. Gerade heute steht die Forderung, Treu und Glauben im Rechtsverkehr wieder den Platz einzuräumen, der ihm zukommt, mehr als je im Vordergrund[1]). Auch die Rechtsprechung zur Frage des Kreditbetruges muß dieser Forderung Rechnung tragen. Die letzten oben[2]) genannten Entscheidungen des Reichsgerichts bedeuten einen erfreulichen Fortschritt auf diesem Wege.

---

[1]) Die neuere Rechtsprechung ist sich dieser Notwendigkeit bewußt. Vgl. das bei Culemann S. 35 zit. Urteil des LG. Breslau.

[2]) Vgl. oben S. 49 ff.

LEBENSLAUF

Ich wurde am 2. August 1908 in Göhlsdorf (Zauch-Belzig) als Sohn des Volkschullehrers Hermann Burchardt geboren. Nach mehrjähriger Vorbereitung in der Volksschule zu Werder (Havel) besuchte ich von Ostern 1919 bis zum Abiturientenexamen Ostern 1927 das Realgymnasium in Potsdam. Seit 1928 studierte ich an der Universität Berlin Rechtswissenschaft. Im Jahre 1931 legte ich das Referendarexamen, im Jahre 1935 die große juristische Staatsprüfung ab.